Die Erlangung nicht eingezahlter Aktienbeträge nach materiellem Recht.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Arthur Schönlank

Referendar am Kgl. Amtsgericht Fürstenberg a. O.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Berlin 1911

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Strasse 108.

Referent: Professor Dr. Wüstendörfer.

Literatur-Verzeichnis.

(Die im Text gebrauchten Abkürzungen sind in Klammern beigefügt.)

Archiv für zivilistische Praxis.

von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 1889.

Bauer, Das neue Aktiengesetz 1899.

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften — Reichstagsdrucksachen 1884, Aktenstück Nr. 21 (= Begr.).

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts 1892.

Bericht der IX. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes betreffend die AKG. und die AG. — Reichstagsdrucksachen 1884, Aktenstück Nr. 128 (= KB. 1884).

— der XVIII. Kommission über den Entwurf eines HGB. 1897 (nach Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB. 1897 S. 532 ff.) (= KB. 1897).

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 1910.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs (nach Hahn-Mugdan, Materialien zum HGB. 1897 S. 189 ff.).

Dernburg, Bürgerliches Recht 1899.

Deutsche Juristenzeitung (= DJZ.).

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1903.

Engelmann, Bürgerliches Recht 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (= RGStr.).

— des Reichsgerichts in Civilsachen (= RG.).

— des Reichsoberhandelsgerichts (= ROHG.).

Esser, Die Aktiengesellschaft 1899.

Gareis, Rechts-Enzyklopädie und -Methodologie 1905.

— Deutsches Handelsrecht 1909 (= Gareis).

Goldmann, Kommentar zum HGB. 1905.

Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum BGB. 1903.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Heim, Die Rechtsstellung des Emissionshauses bei der Einführung von Aktien in den Verkehr. Marburger Dissertation 1909.

Jacobi, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches 1901.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung 1902.
Johow, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (= KGJ.).
Juristische Wochenschrift (= JW.).
Kayser, Gesetz betreffend die AKG. und die AG. 1891.
Küntzel, Der Aufsichtsrat der AG., seine Rechte und Pflichten.
Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften Bd. I 1898, Bd. II 1904.
Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. 1900 (= Ring).
Makower, Kommentar zum HGB. 1906.
Mamelok, Die juristische Person im internationalen Privatrecht. Züricher Dissertation 1900.
Petersen-Pechmann, Gesetz betreffend die AKG. und die AG. 1890.
Pinner, Deutsches Aktienrecht 1899.
Planck, Kommentar zum BGB. 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. 1898.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (= ROLG.).
Ritter, Kommentar zum HGB. 1910.
Rudorff, Kommentar zum HGB. 1898.
Schmidt, Zivilrechtliche Gründerverantwortlichkeit nach deutschem Aktienrecht 1888.
Statistisches Jahrbuch für den preussischen Staat 1910; herausgegeben vom Kgl. preussischen statistischen Landesamte 1911.
Staub, Kommentar zum HGB. 1906.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 1908.
von Völderndorff, Gesetz betreffend die AKG. und die AG. 1884.
Willenbücher, Kommentar zur Konkursordnung 1910.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

A. Die Mittel zur Erlangung der Aktienbeträge . 4

I. Die regelmässigen Deckungsmittel 4

§ 2. 1. Verpflichtung des Aktionärs zur Einzahlung 4

§ 3. Einzahlungspflicht im Konkurs des Aktionärs 8

§ 4. 2. Ausgabe einer neuen Aktie zum Nennbetrage 10

§ 5. 3. Haftung der Rechtsvorgänger 18

§ 6. 4. Börsen- oder Versteigerungsverkauf der neuen Aktie 21

§ 7. 5. Ausfallshaftung des ausgeschlossenen Aktionärs 23

§ 8. Befreiungs- und Aufrechnungsverbot bei Aktionärsverpflichtungen 26

§ 9. Geschuldete Aktienbeträge bei Namens- und bei Inhaberaktien 28

§ 10. Mehrheit von Schuldnern eines Aktienbetrages 33

II. Deckungsmittel bei Beteiligungsannahme zahlungsunfähiger Aktionäre 35

§ 11. 1. Haftung der Gründer 35

§ 12. 2. Haftung des Vorstands und des Aufsichtsrats 40

§ 13. 3. Haftung der Revisoren 47

III. Deckungsmittel bei gesetzwidrigem Fehlen von Aktienbeträgen 48

§ 14. 1. Allgemeines 48

§ 15. 2. Fehlen von Aktienbeträgen trotz wahrheitsgemässer Anmeldungserklärung 50

3. Fehlen von Aktienbeträgen bei unrichtiger Anmeldungserklärung 51

§ 16. a) Haftung der Gründer 51

§ 17. b) Haftung der Emittenten 58

§ 18. c) Haftung des Vorstands und des Aufsichtsrats 63

§ 19. d) Haftung der Revisoren 66

§ 20. e) Haftung des Registerrichters 67

Seite

IV. Deckungsmittel auf Grund ordnungswidriger Geschäftsführung 68

§ 21. 1. Haftung des Vorstands 68

§ 22. 2. Haftung des Aufsichtsrats 76

§ 23. 3. Haftung sonstiger Funktionäre der AG. . . 78

§ 24 V. Deckungsmittel bei Erhöhung des Grundkapitals 80

§ 25. B. Erlangung der Aktienbeträge nach Auflösung der AG. 82

§ 26. C. Erlangung der Aktienbeträge im internationalen Privatrecht 85

§ 27. D. Vertretung der AG. bei Geltendmachung der Deckungsmittel 89

§ 1.

Einleitung.

Leichte, formlose Uebertragbarkeit von Aktienurkunde wie Aktionärsverhältnis hat der Inhaberaktie die Gunst des Publikums verschafft und sie zu einer weit grösseren Bedeutung im Wirtschaftsleben gelangen lassen als die schwerfälligere Namensaktie. Da indes nur diese regelmässig vor Vollzahlung des Aktienbetrages ausgegeben werden kann (§ 179 Abs. 3 HGB.), scheidet die Inhaberaktie aus unserem Betrachtungskreise in der Hauptsache aus.

Das Gesetz übt auf die AG. keinen Druck aus, um sie zur Erlangung rückständiger Aktienbeträge zu bewegen. Tatsächlich ist indes der Zeitraum, in dem Aktien nicht voll bezahlt bleiben, regelmässig kein sehr langer.

Zwei hauptsächliche Gründe veranlassen die meisten AG., sich mit der Vervollständigung ihres Grundkapitals zu beeilen:

a) Die neubegründete AG. — besonders die nur aus den Gründern bestehende — sucht ihre Aktien ins Publikum überzuleiten, zumal durch Börsenverkauf. Hierzu wird sie jedoch erst nach Einzahlung rückständiger Aktienbeträge zugelassen (§ 4 Nr. 1 der Bekanntmachung des Reichskanzlers betr. die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel vom 4. Juli 1910).

b) Wie die Statistik erweist (vgl. Stat. Jahrb. 1910 S. 170), herrscht bei der AG. allgemein das Streben nach Erhöhung des Grundkapitals. Von 3092 AG. am 31. Dezember 1908 erhöhten ihr Grundkapital

während des Jahres 1909 198 AG. (Stat. Jahrb. S. 177). Bei Einteilung der AG. nach Gewerbegruppen ergibt sich, dass keine Kapitalserhöhung seit der Gründung nur stattgefunden hat bei den Gesellschaftsgruppen der Leinen- (16 AG.) und Baumwollindustrie (33 AG.) und der Branntweinbrennerei 17 AG. (Stat. Jahrb. S. 170).

Da nun eine Erhöhung des Grundkapitals regelmässig die erfolgte Vollzahlung desselben voraussetzt (§ 278 HGB.), wird auch aus diesem Grunde das Bestreben nach Erlangung der vollen Aktienbeträge vorhanden sein.

Dass dem in Wahrheit so ist, erweist wiederum die Statistik. Zerlegt man die AG. in Kapitalsgruppen nach der Höhe des Grundkapitals, so ist bei sämtlichen Kapitalsgruppen über eine halbe Million Mark — mit alleiniger Ausnahme der Kapitalsgruppe $^1/_2$ bis 1 Million Mark der bis 1870 gegründeten AG. — das Grundkapital bereits eingezahlt. Auch bei sämtlichen 17 im Jahre 1909 gegründeten und im gleichen Jahre in Tätigkeit getretenen AG. ist dies der Fall.

Dagegen ist bei der Gruppe der AG. mit Kapital unter einer halben Million Mark laut Statistik bei den von 1871 bis 1908 gegründeten AG. das Grundkapital nirgends voll eingezahlt (Stat. Jahrb. S. 168). Hier besteht das Streben nach Erlangung des vollen Grundkapitals nicht, weil die Gründe für dieses wegfallen:

a) Eine Zulassung zur Börse ist bei einem Grundkapital unter $^1/_2$ Million Mark grundsätzlich überhaupt, bei einem solchen von $^1/_2$ Million Mark doch an den Hauptbörsen Berlin, Frankfurt a. M. und Hamburg ausgeschlossen (Bekanntm. d. Reichsk. § 1).

b) Eine Erhöhung des Grundkapitals ist meist nicht angestrebt, weil das kleine Unternehmen sich keinen umfassenderen Wirkungskreis anzubahnen gedenkt. Auch auf die bescheidenen pekuniären Verhältnisse der Aktionäre wird häufig Rücksicht zu nehmen sein. Hierher gehören z. B. gemeinnützige Gesellschaften, Kur- und Badeanstalten, Musik- und Theatergewerbe (vgl. Stat. Jahrb. S. 170 Tabelle 3 Nr. 23, 24).

Es ist klar, dass die vorstehenden Bemerkungen sich nur auf die durchschnittliche wirtschaftliche Lage beziehen können. Die Statistik berücksichtigt die AG. nur nach grösseren Gruppen zusammengefasst; im Einzelfalle mögen sich die Verhältnisse daher häufig anders gestalten. Im allgemeinen aber wird das Ergebnis sein: Grössere AG. suchen die nicht eingezahlten Aktienbeträge in kürzerer Zeit zu erlangen — jedenfalls bis zu dem Zeitpunkte, an dem die Zulassungsstelle Aktien neugegründeter Gesellschaften zur Börse zuzulassen pflegt; kleine AG. beeilen sich dagegen nicht.

Die oben behandelte Vorfrage, in welcher Weise die AG. nach den durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen die Erlangung noch nicht eingezahlter Aktienbeträge zu betreiben pflegt, leitet zu der Hauptfrage hinüber: Welche Mittel gewährt das materielle Recht der AG. zur Erlangung jener Beträge?

Die folgenden Ausführungen beschränken sich einmal auf das geltende Recht der AG. und auf die AG. im eigentlichen Sinne. Ausser Betracht bleiben die sonstigen, dem gleichen rechtlichen Typus angehörenden Gesellschaften, wie die AKG., die bergrecht-

lichen Gewerkschaften, die Reichsbank, die Kolonialgesellschaften u. a.

Unerörtert bleiben sodann infolge der im Thema enthaltenen Beschränkung alle prozessualen Vorschriften. Zu handeln ist also vor allem darüber, welche Ansprüche die AG. hat (darüber §§ 2—24 der Darstellung); die Frage, wie sie ihre Ansprüche durchführt, gehört vorwiegend, aber nicht ausschliesslich (unten § 27) dem Prozessrecht an.

Nur die Mittel zur Erlangung „nicht eingezahlter Aktienbeträge", d. h. von Bareinlagen auf die Aktie sind zu behandeln. Ausser Betracht bleiben die Mittel zur Erlangung von Sacheinlagen (§ 186 Abs. 2 HGB.).

A. Die Mittel zur Erlangung der Aktienbeträge.

I. Die regelmässigen Deckungsmittel.

§ 2.

1. Verpflichtung des Aktionärs zur Einzahlung.

Nicht das gesamte Grundkapital darf bei der Entstehung der AG. uneingezahlt sein. Auszugehen ist von der Vorschrift des § 195 Abs. 3 HGB.; danach darf die Eintragung nur erfolgen, wenn laut Erklärung der anmeldenden Personen auf jede Aktie mindestens $^1/_4$ des Nennbetrages plus einem etwaigen Agio bar eingezahlt und im Besitz des Vorstands ist. Entspricht die Anmeldungserklärung der Wahrheit, so hat demnach die AG. noch den rückständigen Teil der Bareinlage, also höchstens $^3/_4$ des Nennbetrags einzufordern.

Die Forderung der AG. gegen den Aktionär auf Einzahlung der rückständigen Bareinlage (§ 211 HGB.) besteht von der Entstehung der AG. an. Fällig

(vgl. RG. 45,155) wird sie indessen erst durch rechtswirksame Aufforderung zur — völligen oder teilweisen — Einzahlung gemäss § 218 Abs. 3 HGB.

Rechtswirksam ist die Aufforderung

a) bei Wahrung der vorgeschriebenen Form. Diese ist die nach dem Gesellschaftsvertrage (§ 182 Abs. 2 Nr. 6 HGB.) für die Bekanntmachungen der AG. vorgeschriebene. Jedoch kann der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Form der Aufforderung anordnen (§ 218 Abs. 3 HGB.).

Die Worte „ist im Gesellschaftsvertrage nicht ein anderes bestimmt“ in § 218 Abs. 3 HGB. beziehen sich nur auf die Möglichkeit einer abweichenden Regelung der Form der Aufforderung. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass der Gesellschaftsvertrag oder der Zeichnungsschein auch bestimmen kann, dass an Stelle ausdrücklicher Aufforderung feste Zahlungstermine treten sollen. Es liegen keine Gründe vor, § 218 Abs. 3 HGB. für zwingendes Recht zu erklären.

Eine besondere Härte für den Aktionär, wie Staub meint, liegt bei der Simultangründung für den an der Feststellung des Statuts beteiligten (§ 187 HGB.) Gründeraktionär nicht vor, bei der Sukzessivgründung ebensowenig, wenn der Zeichnungsschein den Zahlungstermin angibt. Aber auch sonst ist es kein unbilliges Ansinnen, dass der Aktionär, der weiss oder wissen müsste, d a s s er noch einen Teil des Aktienbetrages schuldet, auch daran denkt, w a n n er ihn schuldet.

Bei jedem Fixgeschäft wird vom Schuldner nicht weniger verlangt; im Gegenteil, dort treffen ihn sofort schwere Folgen für seine Versäumnis (vgl. § 361 BGB.): hier folgt das langwierige Kaduzierungsverfahren (§ 219 HGB.), währenddessen er seine Versäumnis immer noch gut machen kann. Danach ist der Satz

„dies interpellat pro homine“ auch hier anzuwenden (Lehmann II S. 380)[1])

b) nur bei gleichmässiger Berücksichtigung aller gleichberechtigten Aktionäre. Der Aktionär hat, wie § 186 Abs. 1 HBG. ergibt, ein Recht auf Nichtbenachteiligung den anderen gleichberechtigten Aktionären gegenüber (Makower § 250 II c 4). Eine Benachteiligung liegt aber vor, wenn die AG. nach ihrem Belieben Aktionäre in Anspruch nimmt.[2])

c) Ist der Aktionär zur Einzahlung verpflichtet, bevor er die Aktienurkunde erhält? —

Der Aktionär hat einen Anspruch auf die Urkunde als die sichtbare Verkörperung seiner „bereits bestehenden Aktionärrechte, durch welche die letzteren individualisiert und verkehrsfähig gemacht werden“ (RG. 31,22). Der Anspruch beruht auf dem Mitgliedschaftsverhältnis und wird mit dessen Entstehung fällig. Die Verpflichtung des Aktionärs zur Zahlung der Einlage beruht auf der Zeichnung, bezw. Uebernahme der Aktie. Die Zeichnung ist aber nur der Rechtsgrund, auf dem die Verpflichtung beruht; das Rechtsverhältnis, auf dem sie beruht, ist das Aktionärsverhältnis. Denn nur für den Fall, dass dieses Verhältnis entstehen sollte, hat der Aktionär die Verpflichtung übernommen.

Seine Verpflichtung und sein — fälliger — Anspruch auf die Urkunde entspringen also dem gleichen

---

[1]) Ebenso Behrend § 120 Anm. 7; Lehmann a. a. O.; Rudorff § 218 Anm. 1. § 218 Abs. 3 HGB. wird für zwingendes Recht erklärt von Staub § 218 Anm. 10; Pinner § 218, I, 1; Goldmann § 218 Anm. 3; Makower § 218, III b; Ring § 218 Anm. 3.

[2]) Ebenso Makower a. a. O.; Staub § 218 Anm. 11; Esser § 218 Anm. 3; Goldmann § 218 Anm. 5; Behrend § 120 Anm. 8; Ring § 218 Anm. 3. Dagegen teilweise Lehmann II S. 379, 380.

rechtlichen Verhältnis; sie sind konnex im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB. Es ist kein Merkmal der Konnexität, dass Verpflichtung und Anspruch dem gleichen Rechte entstammen; sie können — wie im vorliegenden Falle — durch verschiedene, zeitlich auseinanderfallende Rechtsakte begründet sein (vgl. Goldmann-Lilienthal S. 314).

Goldmanns Ansicht (§ 221 Anm. 8), § 273 Abs. 1 BGB. sei nicht anzuwenden, weil sich im Falle der Einlagepflicht „aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergebe", ist abzulehnen. Das Recht des Aktionärs auf die Aktienurkunde, ohne deren Besitz sein Anteilsrecht praktisch unwertbar ist, ist nicht weniger schutzwürdig als das der AG. auf Erlangung des Grundkapitals. Dass § 273 BGB. anwendbar bleibt, ist auch ersichtlich die Meinung des Gesetzgebers. Die Dnkschr. S. 135 bemerkt nämlich, eine besondere Bestimmung betreffs des Zurückbehaltungsrechts, wie in Art. 184 c Nov. 1884, sei überflüssig, weil § 273 BGB. ausreiche. Damit ist nicht die Unanwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts, vielmehr seine Anwendbarkeit gemäss § 273 BGB. zum Ausdruck gebracht. Danach hat der aus § 211 HGB. belangte Aktionär das Recht, die Zahlung bis zur Aushändigung der Aktienurkunde zu verweigern.[1])

Erfolgt die Einzahlung trotz wirksamer Aufforderung nicht rechtzeitig — Verzug wird nicht gefordert —, so hat die AG. die Wahl, ob sie ihren Anspruch gegen den säumigen Aktionär weiter verfolgen oder gemäss den §§ 219, 220 HGB. vorgehen will.

---

[1]) Ebenso Ritter § 221 Anm. 4; Ring § 221 Anm. 1, 3.

§ 3.

Einzahlungspflicht im Konkurse des Aktionärs.

Besonders zu betrachten ist der Fall, dass der Aktionär, der seine Bareinlage noch nicht voll eingezahlt hat, in Konkurs gerät. Die AG. könnte ihre Forderung auf den ansstehenden Aktienbetrag dann nur als Konkursforderung geltend machen, würde mithin nur die Konkursdividende erhalten. Hierfür die volle Aktie zu gewähren, kann ihr nicht zugemutet werden. Die AG. ist aber auch garnicht berechtigt, die Aktie für die blosse Konkursdividende hinzugeben. Dies käme einer Herabsetzung des Grundkapitals gleich. Andererseits kann der Konkursmasse nicht zugemutet werden, für die gezahlte Konkursdividende nur den entsprechenden Teil der Aktie zu erhalten. Denn dann würde die AG. insoweit voll befriedigt, die par condicio creditorum also umgestossen werden (ebenso RG. 2,264).

Die Verfolgung des Anspruches aus § 211 HGB. ist für die AG. danach ausgeschlossen. Sie hat mithin nur die Möglichkeit, gemäss §§ 219, 220 HGB. vorzugehen. Einen etwaigen Ausfall, den sie hierbei erleidet (§ 219 Abs. 4 HGB.), kann sie als Konkursforderung geltend machen.

Jedoch hängt es vom Willen des Konkursverwalters ab, die AG. voll zu befriedigen. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Verwalters (§ 6 KO); er wird also insbesondere bei günstigem Stande der Aktie die AG. voll auszahlen.[1])

---

[1]) So auch Jäger § 17 Anm. 5; Staub § 218 Anm. 15; Ritter § 219 Anm. 8; Makower § 219, Ib, 2.

Eine andere Ansicht gelangt zu dem gleichen Ergebnis auf anderem Wege. Nach ihr kann der Konkursverwalter gemäss § 17 Abs. 1 KO. aus der Masse (§ 59 Abs. 2 KO.) erfüllen und dafür Aushändigung der Aktienurkunde, sofern die AG. sie noch in Händen hat, andernfalls Bestätigung der geleisteten Zahlung (§ 179 Abs. 4 HGB.) verlangen.

Die Anwendbarkeit des § 17 KO. ist indes abzulehnen, § 17 KO. setzt einen zweiseitigen Vertrag voraus. Nach ROHG. 25,293 liegt nun ein zweiseitiges Vertragsverhältnis in der Art vor, dass der Aktionär sich zur Leistung der Einlage, die AG. als Gegenleistung sich zur Gewährung eines dem jeweils eingezahlten Betrage entsprechenden, also sich allmählich vergrössernden Anteilsrechts verpflichtet. Diese Auffassung ist in doppelter Beziehung unrichtig.

Einmal erhält der Aktionär sogleich mit der Entstehung der AG. das volle Anteilsrecht; er übt seine Aktionärsrechte nicht etwa nach Massgabe des gezahlten, sondern des Nennbetrages der Aktie aus (vgl. § 252 HGB.). Die Gesellschaft ist bei Zahlung weiterer Aktienbeträge nur verpflichtet, die bis dahin zurückbehaltene Urkunde herauszugeben oder, wenn sie sie nicht mehr besitzt, die geschehene Zahlung auf der Urkunde zu vermerken (§ 179 Abs. 3 HGB.). Aber auch diese Verpflichtung ist keine vertragliche. Es ist eine Verpflichtung der AG., die dem Mitgliedschaftsverhältnis eigentümlich, die mit dessen Entstehung, d. h. mit Entstehung der AG. entstanden ist. Eine solche Verpflichtung kann gar keine vertragliche sein. Eine vertragliche Verpflichtung setzt eine Willenserklärung voraus; hier konnte von der noch garnicht bestehenden AG. überhaupt keine Willenserklärung abgegeben werden. Die beiden Verpflichtungen zur

Leistung der Einlage und zur Gewährung der Urkunde, bezw. zum Vermerk der geschehenen Leistung auf der Urkunde sind also wohl konnexe, aber keine vertraglichen Verpflichtungen. Mithin ist § 17 KO. nicht anwendbar.[1])

Da folglich auch für § 17 Abs. 2 KO. kein Raum ist, kann der Konkursverwalter bis zur Kaduzierung der Aktie die geforderte Einzahlung leisten, und Gewährung der Aktie, bzw. Bestätigungsvermerk für die geleistete Zahlung verlangen.

§ 4.

2. Ausgabe einer neuen Aktie zum Nennbetrage.

I. Kaduzierungsverfahren. Die oben erwähnten §§ 219, 220 HGB. eröffnen der AG. verschiedene Wege, Deckung für die geschuldete Einzahlung zu erlangen. Voraussetzung ist immer die vorherige Abwickelung des sog. Kaduzierungsverfahrens (§ 219 HGB.).

Kaduzierung der Aktie bedeutet Verlustigerklärung des Anteilrechts und der geleisteten Einzahlungen zugunsten der AG. (§ 219 Abs. 3 HGB.).

1. Erfordernisse einer rechtsgültigen Kaduzierung sind:

a) Nichtzahlung des fälligen (vgl. oben § 2) Aktienbetrages bis zur Verlustigerklärung (§ 219 Abs. 3 HGB.). Zahlung des geschuldeten Aktienbetrages hindert die Kaduzierung; diese schliesst umgekehrt den Anspruch

---

[1]) Ebenso mit ausführlichen Darlegungen RG. 31, 20ff. Die Anwendbarkeit von § 17 KO. vertreten z. B. ROHG. 19, 232; 25, 293; RG. 2, 264; Goldmann § 218 Anm. 22; Petersen-Pechmann S. 162; Ring § 218 Anm. 8; Pinner § 218, I, 2b; Behrend S. 816 Anm. 29 (die beide § 17 „analog“ anwenden wollen).

aus § 211 aus. Bis zur Kaduzierung kann die AG. gleichzeitig den Anspruch aus § 211 verfolgen wie auch das Kaduzierungsverfahren betreiben.

Die Kaduzierung setzt Bestehen des Anspruchs auf Zahlung voraus. Dass der Aktionär dem Anspruch eine peremtorische Einrede, z. B. die der Verjährung, der beschränkten Erbenhaftung, des geschlossenen Zwangsvergleichs[1]) entgegensetzen kann, ändert am Bestehen des Anspruchs, also an der Möglichkeit zu kaduzieren, nichts.

b) Beobachtung der Formvorschriften des § 219 Abs. 1—3 HGB., also gehörige Aufforderung und Androhung sowie Verlustigerklärung.

2. Dagegen sind keine Erfordernisse einer wirksamen Kaduzierung:

a) Die Einleitung des Verfahrens gegen alle säumigen Aktionäre zugleich. Aus dem Ausdruck „den säumigen Aktionären“ in § 219 HGB. a. A. schliessen zu wollen, dass das Verfahren nur gegen alle Säumigen betrieben werden kann, wäre als blosse Buchstabenauslegung verfehlt.[2])

Es liegt offensichtlich im Interesse der AG., gegen den zahlungsunfähigen Aktionär das Kaduzierungsverfahren zu betreiben, das die spätere anderweitige Verwertung der Aktie ermöglicht, dem zahlungsfähigen Aktionär gegenüber aber auf Erfüllung zu bestehen.[3])

---

[1]) Bestritten, ob der Zwangsvergleich nur die Geltendmachung des Anspruchs oder den Anspruch selbst ausschliesst, vgl. Jäger § 193 Anm. 5.

[2]) Anders die herrschende Meinung, so KB. 1884 S. 17; Staub § 219 Anm. 2; Makower § 219, IIa; Goldmann § 219 Anm. 8; Ring § 219 Anm. 2; Petersen-Pechmann Art. 184a Anm. 3; Esser § 219 Anm. 2.

[3]) So mit Recht Ritter § 219 Anm. 2; Bauer § 219.

Zu einem solchen verschiedenartigen Vorgehen ist die AG. berechtigt: Der Aktionär hat einen Anspruch auf Nichtbenachteiligung, d. h. auf gleich gute, nicht aber auf gleichmässige Behandlung. Wird gegen ihn das Kaduzierungsverfahren betrieben, während ein anderer Aktionär verklagt wird, so ist er diesem gegenüber — schon wegen des Wegfalls der Prozesskosten — zum mindesten nicht im Nachteil. Wenn dagegen ein anderer, gleichfalls säumiger Aktionär überhaupt nicht belangt wird, so wird dieser allerdings bevorzugt. Dass der mit der Kaduzierung bedrohte Aktionär von der AG. alsdann die Verfolgung des unbehelligt gebliebenen, gleichfalls säumigen Aktionärs verlangen kann, gehört nicht hierher. Die Gültigkeit des Kaduzierungsverfahrens wird dadurch jedenfalls nicht beeinflusst.

b) Durchführung der Kaduzierung gegen alle. Die Durchführung der Kaduzierung ist überhaupt nicht obligatorisch. Wenn § 219 Abs. 3 HGB. erklärt, der Aktionär „ist seines Anteilsrechtes verlustig zu erklären", so bedeutet das nur, dass die Verlustigerklärung zur Herbeiführung des Ausschlusses notwendig ist.[1]) Wird von der Durchführung des Verfahrens gegen einzelne abgesehen, so ist die Kaduzierung den übrigen gegenüber trotzdem wirksam.

II. Ausgabe einer neuen Aktie. Die Einleitung und Durchführung des Kaduzierungsverfahrens steht, wie dargelegt, in freiem Belieben der AG. Nach erfolgter Kaduzierung ist sie aber zu den

---

[1]) Ebenso RG. 51, 417; Makower § 219, I; Bauer § 219; Ritter § 270 Anm. 2 gegen Begr. S. 83; Ring § 219 Anm. 3; Esser § 219 Anm. 3; Staub § 219 Anm. 2; Goldmann § 219 Anm. 4; Petersen-Pechmann Art. 184a Anm. 2; Lehmann S. 132.

weiteren Massnahmen, die §§ 219 Abs. 4, 220 HGB. anordnen, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.

An Stelle der kaduzierten Aktie ist eine neue auszugeben. Wenn Makower (§ 219 IV) und Cosack (S. 752 Anm. 5) „ausgeben" im Sinne von „ausstellen" nehmen, es also für genügend erachten, dass die AG. die neu ausgestellte Aktie in ihrem Besitz behält, so ist diese Ansicht abzulehnen. „Die Gesellschaft darf sich, wenn das Grundkapital erhalten bleiben soll, mit der Einziehung des Aktienrechts nicht genügen lassen. Das Aktienrecht wird nicht getilgt, es ist dieselbe Aktie, die der Gesellschaft zur Verfügung heimfällt, und diese muss erfolgen." (Begr. S. 85.) Ausgeben bedeutet also nach der zutreffenden Ausführung der Begründung verfügen, d. h. in fremde Verfügungsgewalt übergehen lassen.[1])

Weil die wirkliche Ausgabe notwendig ist, ist, so wird allgemein gefolgert,[2]) die Ergreifung der Massnahmen des § 220 HGB. notwendig. Nach der allgemeinen Meinung wird also die neue Aktie dadurch ausgegeben, dass sie dem haftenden Rechtsvorgänger ausgehändigt, bzw. nach § 220 Abs. 3 HGB. verkauft wird.

Dies ist m. E. insoweit richtig, als die neue Aktie nach § 220 HGB. ausgegeben werden kann. Sie muss aber nicht so ausgegeben werden. Wenn noch eine andere Art der Ausgabe möglich ist, muss viel-

---

[1]) So auch die herrschende Meinung: Gareis S. 255; Ring § 219 Anm. 4; Staub § 219 Anm. 7; Behrend § 120 Anm. 20; Goldmann § 219 Anm. 17; Ritter § 219 Anm. 5; Esser § 219 Anm. 4; Pinner § 219, III, 2.

[2]) Vgl. Begründung S. 85 sowie die genannten Schriftsteller.

mehr der AG. die Wahl gelassen werden, welchen Weg sie gehen will.

Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich: Die neue Aktie wird dadurch ausgegeben, dass der haftende Rechtsvorgänger sie gegen Zahlung erhält. M. E. ist dies aber auch nicht der Sinn des Gesetzes.

§ 220 sagt: „Soweit der ausgeschlossene Aktionär den eingeforderten Betrag nicht zahlt, ist dafür . . . . der Rechtsvorgänger verhaftet". Wer nun zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, der ist zwar regelmässig nicht auch berechtigt, vom Gläubiger Abnahme der geschuldeten Leistung zu verlangen, wohl aber, sich von der Schuld zu befreien (Dernburg II 1 § 74). So kann auch der Rechtsvorgänger zwar nicht Annahme der geschuldeten Geldsumme seitens der AG. verlangen, aber durch Hinterlegung (§ 378 BGB.) die Zahlung bewirken. Sein Recht auf Zahlung — an der er wegen der Aushändigung der Aktie ein Interresse haben kann — ist aber nicht derartig, dass es den Gläubiger hindern könnte, sich den geschuldeten Betrag anderweitig zu verschaffen. Der Schuldner kann ganz allgemein den Gläubiger nicht hindern, ihn dadurch, dass er sich anderweitig befriedigt, zu befreien (§ 267 BGB.).

Würde das Gesetz bestimmen — wie es ADHGB. Art. 223 Abs. 3 bis 1884 auch wirklich tat —, dass der Vorgänger lediglich haften, aber kein Recht auf die Aktie haben solle, so wäre es unzweifelhaft, dass der Vorgänger kein Recht hätte, die AG. an anderweitiger Befriedigung zu hindern. Dass ihm nun das Recht auf die Aktie gemäss § 220 Abs. 1 Satz 3 HGB. gewährt ist, kann keinen Unterschied machen. Der leitende Gedanke, der der Vorgängerhaftung zugrunde liegt, ist nicht der des Rechtes auf die Neuaktie,

sondern der der Bürgschaftshaftung (Begr. S. 80), Das Recht auf die Aktie entspringt erst sekundären Erwägungen: Einmal der der sonst eintretenden ungerechtfertigten Bereicherung der AG.; weil es unbillig wäre, ihr den vollerlangten Aktienbetrag und die Aktie zu belassen, soll sie letztere dem verhafteten Vorgängerbürgen herausgeben. Ferner soll gegenüber dem Vorgänger übergrosse Härte vermieden werden; wenn die AG. ihn haftbar macht, soll er nicht auf den oft aussichtslosen Regressweg angewiesen sein, wie es der Rechtszustand bis 1884 bedingte (Begr. S. 82).

Ein absolutes Recht auf die Aktie ist dem Vorgänger also nicht zuzugestehen, Er hat nur soweit ein Recht auf die Aktie, als er ein Recht auf Zahlung hat. Dieses Recht auf Zahlung verliert er, wie ausgeführt, wenn die AG. sich anderweitig befriedigt, die Neuaktie also auf andere Weise als nach § 220 HGB. ausgibt. Mit der erfolgten anderweitigen Ausgabe der Aktie verliert der Vorgänger daher die bis dahin besessene Möglichkeit, die Aktie zu erhalten.

Es fragt sich nur, wie die Neuaktien anders als nach § 220 HGB. ausgegeben werden können. Allgemein sagt das Gesetz nicht, wie Aktien ausgegeben werden. Es liegt nahe, § 281 HGB. entsprechend anzuwenden; auch dort handelt es sich um Ausgabe neuer Aktien während des Bestehens der AG. Wer die Aktien erhalten soll, liegt dort — abgesehen von § 282 HGB. — im freien Ermessen des Vorstands. So dürfte auch im vorliegenden Falle die Frage dahin zu beantworten sein, dass mit Rücksicht darauf, dass die Aktienausgabe ein Akt der Geschäftsführung ist, das geschäftsführende Organ der AG., also regelmässig der Vorstand, mangels statutarischer Regelung die

Ausgabe nach seinem pflichtgemässen Ermessen vorzunehmen hat.

Wie der Wortlaut des Gesetzes, so enthält auch die Begründung nichts, was gegen obige Auffassung spricht. Wenn dort auf S. 85 ausgeführt ist, dass es legislativ nicht richtig wäre, der AG. ein Wahlrecht zwischen Vorgängerregress und Verkauf zu gewähren, so bezieht sich das, wie der Zusammenhang ergibt, nur auf den Börsen- oder Versteigerungsverkauf des § 220 Abs. 3 HGB.

Die neu anzugebende Urkunde hat ausser den geleisteten Einzahlungen den eingeforderten Betrag, wegen dessen Nichtzahlung die Kaduzierung erfolgte, zu umfassen (§ 219 Abs. 4 HGB.). In der neuen Aktie — die ja selbst auf den gleichen Betrag wie die kaduzierte lautet — ist also als eingezahlt der Gesamtbetrag obiger Beträge anzugeben. War demnach der ganze rückständige Aktienbetrag eingefordert, so hat der Erwerber der neuen Aktie mit Rücksicht auf das Verbot der Unterpariemission (§ 184 HGB.) den gesamten Nennbetrag, vom Agio abgesehen, zu entrichten. War nur eine Aktienrate eingefordert, so hat er die Summe, die geleistete Teilzahlung und Aktienrate zusammen ergeben, zu zahlen. Den überbleibenden Aktienbetrag schuldet er hinfort aus § 211 HGB. Zahlt er bei Ausschreibung einer weiteren Aktienrate nicht rechtzeitig, so kann gegen ihn wiederum das Kaduzierungsverfahren betrieben werden. Ebenso haftet er bei Weiterveräusserung seiner Aktie als Rechtsvorgänger.

Die Vorteile, die diese Art der Ausgabe bieten kann, sind nicht zu verkennen:

Einmal erhält die AG. einen Betrag, der die Summe von geleisteter Teilzahlung und geforderter

Aktienrate darstellt, während im Falle der Vorgängerhaftung nur die eingeforderte Aktienrate gezahlt wird. Es ist auch aus diesem Grunde sinnwidrig, § 220 HGB. als einzig statthaften Weg der Ausgabe anzunehmen: Das Institut der Vorgängerhaftung ist im Interesse der AG., nicht der Vorgänger, vorgesehen. Wenn es nun im Einzelfall gegen das Interesse der AG. ist, die Vorgängerhaftung zu benutzen, weil sie anderweitig mehr Geld für die Aktie erhalten kann, soll sie trotzdem genötigt sein, auf den Gewinn zu verzichten und dem Vorgänger die hochstehende Aktie für einen geringen Einschuss zu überlassen?

Sodann ist die AG. in der Lage, die Aktien den ihr genehmen Personen zu gewähren, vor allem ihren Aktionären. Sind insbesondere noch weitere Aktienraten einzufordern, so kann sich die AG. sichere Erwerber für die Aktie aussuchen, während die Rechtsvorgänger vielleicht unsicher sind.

Die praktische Bedeutung der geschilderten Ausgabemöglichkeit kann dahingestellt bleiben. Sie tritt wegen des Verbots der Unterpariemission nur bei hochstehenden Aktien ein. Bei diesen aber wird es der Aktionär zur Kaduzierung, wenn irgend möglich, nicht kommen lassen. Ferner wird die geschilderte Art der Ausgabe dann weniger praktisch werden, wenn der Rechtsvorgänger vom Kaduzierungsverfahren Kenntnis hat. Bei gutem Stand der Aktie wird er sich umsomehr zu ihrem Erwerb beeilen, je geringer der zu leistende Einschuss ist. Die AG. wird daher guttun, die neue Aktie schleunigst auszugeben, um sich und nicht dem Rechtsvorgänger den Gewinn zu verschaffen.

§ 5.

3. Haftung der Rechtsvorgänger.

Geht die AG. nicht wie geschildert vor, so muss sie die Rechtsvorgänger, wenn solche vorhanden, gemäss § 220 Abs. 1, 2 HGB. in Anspruch nehmen. Des näheren vollzieht sich der Regress in folgender Weise:

a) Nur die ausstehende Rate kann verlangt werden. Soweit der ausgeschlossene Aktionär daher nach der Kaduzierung noch zahlt, wird der Vorgänger von der Haftung frei.

b) Der Regress ist Staffel-, nicht Sprungregress; ein Vorgänger haftet nämlich immer nur, insoweit die Zahlung von seinem Nachfolger nicht zu erlangen ist. Letzteres hat die AG. zu beweisen. Für diesen Beweis ist nicht vorangegangene Klage und fruchtlose Zwangsvollstreckung nötig. Es genügt vielmehr die Beibringung von Umständen, aus denen die Fruchtlosigkeit eines solchen Vorgehens erhellt. (Begr. S. 81.) Ferner stellt das Gesetz im § 220 Abs. 1 Satz 2 HGB. zugunsten der AG. eine Beweisvermutung für die Zahlungsunfähigkeit des Rechtsnachfolgers auf. Hier hat der Rechtsvorgänger den Gegenbeweis für die Zahlungsfähigkeit zu erbringen.

c) Die Haftung ist auf die Aktienbeträge beschränkt, deren Einzahlung innerhalb von 2 Jahren, seitdem die Uebertragung der Aktie zum Aktienbuch angemeldet ist, gefordert wird. (§ 220 Abs. 2 HGB.) Dies „entspricht einerseits den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs, welcher es nicht verträgt, auf lange Jahre hinaus bedingt verpflichtet zu sein . . . . und ist andererseits für den Schutz der Interessen der Gesellschaft genügend“. (Begr. S. 32.)

d) Die AG. kann nur gegen Aushändigung der neuen Aktie Regress nehmen. Der Rechtsvorgänger hat, wie oben (vgl. § 4) ausgeführt, solange ein Recht auf die Aktie, als sie nicht anderweitig ausgegeben ist. Die anderweitige Ausgabe kann er durch rechtzeitige Zahlung verhindern. Das blosse Anbieten der Zahlung gibt dem Rechtsvorgänger dagegen noch nicht das Recht auf die Aktie; trotz erfolgten Anbietens kann die AG. immer noch zu einer anderweitigen Ausgabe schreiten. Dies ergibt § 220 Abs. 1 S. 3, wonach der Rechtsvorgänger das Recht auf die neu auszugebende Urkunde und somit die Urkunde selbst gegen Zahlung erhält, nicht aber schon gegen Anbieten der Zahlung.

Da im Falle des Gläubigerverzugs die Hinterlegung die Rechtswirkung der Zahlung hat (§ 378 BGB.), ist der Rechtsvorgänger bei rechtzeitiger, d. h. vor Ausgabe der Aktie erfolgender Hinterlegung, in der Lage, der Gesellschaft auch wider ihren Willen den fehlenden Aktienbetrag zu bezahlen.

Die gemeine Meinung, die nur den Fall der Ausgabe nach § 220 HGB. anerkennt, unterwirft folgerichtig das Recht des Vorgängers auf die Aktie nicht der obigen Beschränkung.[1]) Unrichtig ist es jedenfalls, aus § 220 HGB. nur eine Verpflichtung, keine Berechtigung des Vorgängers zur Regresszahlung herzuleiten. Dass sich die Berechtigung nicht „in den Rahmen des gesetzlich geordneten Rückgriffverfahrens einordne“ (Petersen-Pechmann S. 164), ist eine unbewiesene Behauptung (vgl. etwa Art. 48 WO.).[2])

---

[1]) Vgl. Staub § 220 Anm. 9; Goldmann § 220 Anm. 14; Ring § 220 Anm. 3; Rudorff § 220; Ritter § 220 Anm. 4; Pinner § 220, II, 3.

[2]) Der gleichen irrigen Ansicht wie Petersen-Pechmann sind

e) Ist nur ein Teil des ausstehenden Aktienbetrages eingefordert, so schuldet der Rechtsvorgänger, der wieder Aktionär geworden, den Rest aus § 211 HGB. Zahlt er eine weitere eingeforderte Rate nicht rechtzeitig, so kann er wiederum im Wege des Kaduzierungsverfahrens der Aktie für verlustig erklärt werden.

In diesem Falle ist nach der Ansicht von Makower (§ 220 IV) die Haftung der Rechtsvorgänger des ursprünglich ausgeschlossenen Aktionärs nicht erloschen. Nach Makowers Konstruktion hält die AG. sich zunächst an den Vorgänger des zum Aktionär eingesetzten und nunmehr ausgeschlossenen Rechtsvorgängers, d. h. an sich selbst. Ist sie selbst zahlungsunfähig, so macht nach jener Ansicht die AG. ihre Rechtsvorgänger, d. h. mit Rücksicht darauf, dass der ursprünglich ausgeschlossene Aktionär infolge des Ausschlusses weggefallen ist, die Rechtsvorgänger des ursprünglich ausgeschlossenen Aktionärs aus § 220 HGB. haftbar.

Die dargelegte Konstruktion ist als völlig willkürlich abzulehnen.

Damit, dass die AG. den Rechtsvorgänger in das Aktionärverhältnis kraft der ihr in § 220 HGB. gegebenen Befugnis einsetzt, macht sie sich keineswegs zum haftenden Rechtsvorgänger des neuen Aktionärs, also auch zu keinem Gliede in der bestehenden Kette der Regresspflichtigen. Ihr Eintreten unterbricht vielmehr diese Kette. Die Rechtsvorgänger des ursprünglich ausgeschlossenen Aktionärs werden frei. Mit dem als Aktionär neu Eingesetzten beginnt eine neue Regressreihe. Sofern daher dieser die Aktie nicht

---

Kayser Art. 184b Anm. 1; von Völderndorff Art. 184b, III, 3; Behrend S. 816.

weiter begeben hat, ist eine Haftbarmachung von Rechtsvorgängern ausgeschlossen.[1])

§ 6.

4. Börsen- oder Versteigerungsverkauf der neuen Aktie.

Ein weiteres Mittel, sich Ersatz für den nicht eingezahlten Aktienbetrag zu verschaffen, gewährt der AG. die Bestimmung § 220 Abs. 3 HGB. Diese tritt nur ein, wenn die Regresszahlung von Rechtsvorgängern nicht zu erlangen ist. Dies kann der Fall sein

a) wenn keine im Aktienbuch verzeichneten Vorgänger vorhanden sind;
b) wenn die Haftpflicht der vorhandenen Vorgänger durch Zeitablauf erloschen ist (§ 220 Abs. 2 HGB.);
c) wenn die Vorgänger zahlungsunfähig sind; dies braucht nicht durch Klage und Zwangsvollstreckung bewiesen zu werden, darf vielmehr nach Lage der Dinge, insbesondere gemäss der Vermutung in § 220 Abs. 1 HGB. angenommen werden.

§ 220 Abs. 3 HGB. enthält zugleich eine Einschränkung des Satzes, dass die Gesellschaft die neue Aktie jedenfalls aus der Hand geben muss. Die AG. kann die neue Aktie nämlich verkaufen, braucht es aber nicht zu tun. Es steht mithin im Belieben der AG., den erlittenen Ausfall ungedeckt zu lassen; insoweit wird eine Herabsetzung des Grundkapitals ermöglicht (Ring § 220 Anm. 6).

---

[1]) Ebenso Staub § 220 Anm. 8; Goldmann § 220 Anm. 16; Ring § 220 Anm. 3; Behrend S. 815.

Der Verkauf hat zum Börsenpreis, in Ermangelung eines solchen — also namentlich bei nicht zugelassenen Aktien kleinerer Unternehmungen (Begr. S. 85) — durch öffentliche Versteigerung zu erfolgen. Das Verbot der Unterpariemission gilt demnach hier nicht.

Dem Käufer gegenüber wird als gezahlt gerechnet die geleistete Teilzahlung und die eingeforderte Aktienrate (§ 219 Abs. 4 Satz 1 HGB.). Der Käufer zahlt folglich bei Einforderung des ganzen ausstehenden Aktienbetrages den vollen Börsenpreis, bei Einforderung einer Rate den dem Gesamtbetrag von Teilzahlung und Rate entsprechenden Teil des Börsenpreises. Den Rest schuldet er aus § 211 HGB. Wie im Falle der Vorgängerhaftung, werden die Vormänner des ausgeschlossenen Aktionärs frei; mit dem Käufer beginnt eine neue Regressreihe.[1])

Die AG. hat beim Verkaufe weder Vorteil noch Nachteil, wenn die Gleichung besteht:

> Teilzahlung + Kaufpreis = Teilzahlung + Aktienrate, d. h. dem gemäss § 219 Abs. 4 HGB. in der Urkunde als gezahlt angegebenen Betrage.

Ist also der Kaufpreis geringer als der Nennbetrag der geforderten Aktienrate, so entsteht für die AG. ein Ausfall.[2]) In diesem Falle wird die AG. daher die Aktie zweckmässigerweise nur verkaufen, wenn sie auf Schadloshaltung für den erlittenen Ausfall durch den ausgeschlossenen Aktionär rechnen kann. Hierüber vgl. den folgenden § 7.

---

[1]) Vgl. die in § 5, e) angegebene Literatur, dazu Begr. S. 85. A. M. wiederum Makower § 220, IV.

[2]) Vgl. das Beispiel bei Cosack S. 752.

§ 7.

5. Ausfallshaftung des ausgeschlossenen Aktionärs.

§ 219 Abs. 4 Satz 2 HGB. lässt eine Haftung des ausgeschlossenen Aktionärs für den Ausfall eintreten, den die Gesellschaft an der Aktienrate, derentwegen die Kaduzierung erfolgte, oder an den später eingeforderten Raten erleidet.

a) Ein Ausfall an der gegenwärtig eingeforderten Rate kann bei der hier angenommenen, vom Vorstande zu regelnden Ausgabe nicht eintreten, da diese zum mindesten zum Nennbetrag erfolgt.

Gelingt die Haftbarmachung eines Rechtsvorgängers, so ist ein Ausfall gleichfalls ausgeschlossen, da die neue Urkunde nur gegen volle Zahlung der eingeforderten Rate ausgehändigt wird (§ 220 Abs. 1 HGB.).

Verkauft die AG. die Aktie nicht gemäss § 220 Abs. 3 HGB., sondern behält sie sie trotz Verkaufsmöglichkeit zurück, so kann von einem entstandenen Ausfall gleichfalls nicht die Rede sein.

Der Ausfall ist mithin nur entstanden, wenn ein Verkauf gemäss § 220 Abs. 3 HGB. zu einem Preise geschieht, der geringer ist als der eingeforderte Teil der Bareinlage, oder in dem selteneren Falle, dass der Verkauf sich, etwa wegen Mangels an Kauflustigen, als unmöglich erweist. Nur dann tritt also die Ausfallshaftung des Ausgeschlossenen ein.[1])

---

[1]) So auch die gemeine Meinung (z. B. Goldmann § 219 Anm. 19; Staub § 219 Anm. 8; Ring § 219 Anm. 4; Makower § 219, V; Cosack S. 752). Die Ansicht von Rudorff § 219 Abs. 4 (S. 175), die AG. könne, auch ohne erst den Verkauf nach § 220 Abs. 3 HGB. vorzunehmen, sich an den ausgeschlossenen Aktionär halten, ist zurückzuweisen, denn, wie oben ausgeführt, tritt die

b) Ein Ausfall an den später eingeforderten Aktienbeträgen dagegen ist in jedem Falle der Verwertung der neuen Aktie möglich, d. h. sowohl bei Ausgabe zum Nennbetrage, als auch bei der Vorgängerhaftung, als auch beim Verkauf nach § 220 Abs. 3 HGB. In jedem der drei Fälle wiederum aber steht der Ausfall erst fest, wenn ein Verkauf gemäss § 220 Abs. 3 HGB. nicht möglich oder nur zu einem Preise möglich ist, der geringer ist als die alsdann eingeforderte Aktienrate.

Die Ausfallshaftung lässt sich so bei Einforderung immer neuer Raten ins Unendliche weiterdenken: Zahlt der neue Käufer eine neue Aktienrate nicht und wird die Aktie wieder kaduziert und die neue mit Verlust verkauft, so haften jetzt sämtliche ausgeschlossenen Aktionäre der AG. nach Wahl. Die Zahl der auf den Ausfall Haftpflichtigen ist also gleich der Zahl der Kaduzierungen.

Ist der nach § 219 Abs. 4 HGB. belangte ausgeschlossene Aktionär zahlungsunfähig, so steht der AG. kein abermaliger Rückgriff gegen dessen Vorgänger zu. Nach ausdrücklicher Vorschrift des § 220 Abs. 1 HGB. haften die Vorgänger nur für den eingeforderten Aktienbetrag, dagegen nicht für eine andere Verbindlichkeit des ausgeschlossenen Aktionärs, also auch nicht für den nach § 219 Abs. 4 HGB. von jenem geschuldeten Betrag.

c) Wie erwähnt, kann die Ausfallshaftung auch dann geltend gemacht werden, wenn der Verkauf sich als unmöglich erweist, wenn die AG. die neue Aktie also in Händen behält. Sie ist alsdann an sich nicht

---

Ausfallshaftung erst bei feststehendem Ausfall ein Der Ausfall steht aber, solange noch eine Verkaufsmöglichkeit besteht, nicht fest.

verpflichtet, dem ausgeschlossenen Aktionär gegen Zahlung des Ausfalls die Aktie auszuhändigen. Sind nach Zahlung von 25 % z. B. weitere eingeforderte 25 % gemäss § 219 Abs. 4 HGB. von dem ausgeschlossenen Aktionär gezahlt, so kann der AG. nicht zugemutet werden, einen unsicheren Aktionär für eine zu 50 % noch nicht bezahlte Aktie anzunehmen. Nur wenn die ganze rückständige Bareinlage bezahlt ist, ist anzunehmen, dass dem ausgeschlossenen Aktionär die Aktie — die freilich meist nicht viel wert sein dürfte — auszuhändigen ist. Die Ausfallshaftung soll nur eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens verhüten, nicht aber eine ungerechtfertigte Bereicherung desselben herbeiführen. Eine solche läge indessen vor, wenn die AG. Aktie und Bareinlage behielte. Es ist der gleiche Gedanke, der die Aushändigung der Aktie an den Rechtsvorgänger verlangt.

d) Nicht angängig ist die Deckung des nicht eingezahlten Betrages durch Zahlung des ausgeschlossenen Aktionärs nach der Kaduzierung ohne vorherige Beschreitung der oben besprochenen Regresswege. Denn mit der Kaduzierung enden sowohl seine Verpflichtungen als Berechtigungen als Aktionär. Nur seine Ausfallshaftung (§ 219 Abs. 4 HGB.) bleibt bestehen. Die AG. ist nunmehr, wie oben dargelegt, verpflichtet, die neue Aktie zum vollen Betrage auszugeben oder den Regressweg des § 220 HGB. zu beschreiten. Sie ist also nicht berechtigt, den rückständigen Teil der Bareinlage vom Aktionär gegen Aushändigung der Neuaktie anzunehmen.[1]) Zahlung

---

[1]) A. M. Petersen-Pechmann S. 164; Rudorff § 219 a. E.; von Völderndorff Art. 184b, III, 3 (S. 183).

ohne Gewährung des Anteilsrechts kann sie selbstverständlich annehmen (vgl. oben § 5a). Der ausgeschlossene Aktionär kann die neue Aktie nur zum Nennbetrage oder nach § 220 Abs. 3 HGB. wie jeder Dritte erwerben.[1])

§ 8.

Befreiungs- und Aufrechnungsverbot bei Aktionärsverpflichtungen.

„Damit die Gesellschaft das Grundkapital unverkürzt erlangt, und die Gewähr, welche dasselbe . . . . bieten soll, nicht zum Schein herabgedrückt wird“ (Begr. S. 85), schliesst § 221 HGB. jede Befreiung von den Leistungen der §§ 211, 220 sowie die Aufrechnung bezüglich dieser Leistungen aus. Macht also die AG. auf Grund der §§ 211, 220 Ansprüche geltend und wendet der Schuldner einredeweise ein, die AG. habe ihm vollkommene oder unvollkommene Befreiung von der Leistung zugesichert, so ist die AG., auch wenn dieses Vorbringen des Schuldners auf Wahrheit beruht, an die getroffene Abrede nicht gebunden. § 221 HGB. ist zwingendes Recht; gegenteilige Abmachungen sind nichtig (§ 134 BGB.).

Wird dagegen eine Befreiung des Schuldners nicht vereinbart, sondern durch gesetzliche Bestimmung festgelegt, so kommt § 221 HGB. nicht zur Anwendung. Die hierauf gestützte Einrede des Schuldners gegenüber dem Anspruch der AG. ist daher wirksam. Eine solche nicht gewillkürte Befreiung gewähren z. B. der

---

[1]) So auch die gemeine Meinung (z. B. Staub § 220 Anm. 10; Goldmann § 219 Anm. 21; Makower § 219 Anm. 5; Ring § 220 Anm. 3; Ritter § 220 Anm. 4; Kayser Art. 184b Anm. 1).

Zwangsvergleich, die Beschränkungen der Erbenhaftung (KB. 1897, S. 71), insbesondere auch die Verjährung.[1])

Nichtige Beschränkungen der Leistungspflicht sind z. B. die Abrede der Stundung, der Ratenzahlung, der bedingten Leistung, der Zulässigkeit einer Leistung an Zahlungsstatt, ferner die Verpflichtung zur Befreiung von der Leistungspflicht (RG. 2, 42) usw. Wirksam ist ein Vergleich, sofern er keine versteckte Befreiung enthält, sondern einen wirklich unsicheren Anspruch der AG. zum Teil sichert. Hier büsst die AG. kein Recht ohne Gegenleistung ein; denn der Gegner gibt seine Aussicht auf, durch Richterspruch der streitigen Verpflichtung gänzlich ledig gesprochen zu werden.[2])

Besonderes ist von der Aufrechnungsabrede zu sagen. Während die einseitig erklärte Aufrechnung unwirksam ist (§ 221 Satz 2 HGB.), gilt dasselbe von der Aufrechnungsabrede nur insoweit, als sie eine Befreiung des Schuldners darstellt. Dies ist der Fall, wenn die Forderung der AG. gegen ihn mehr wert ist als seine Forderung gegen die AG., etwa weil die AG. sich in schlechter Vermögenslage befindet (RG. 54,392). Wenn die Aufrechnung dem Schuldner aber keinen Vermögensvorteil bringt, sondern nur zur Vermeidung des Hin- und Herzahlens (RG. 18,5) geschieht, ist eine dahingehende Abrede wirksam.

Vorausgesetzt ist dabei, dass die Abrede nach der Eintragung der AG. getroffen oder, wenn vorher

---

[1]) Vgl. jedoch über die der AG. verbleibende Möglichkeit der Kaduzierung oben § 4, I, 1a.

[2]) Ebenso Ritter § 221 Anm. 1; RG. in JW. 87, 315.

getroffen, als Nichtbareinlage (§ 186 Abs. 2 HGB.) statutarisch festgesetzt ist (Makower § 221 III b).[1])

§ 221 HGB. schliesst Einrede und Aufrechnung nur bei den Verpflichtungen aus §§ 211 und 220 aus. Es ist der gemeinen Ansicht[2]) darin nicht beizustimmen, dass die Verpflichtung aus § 211 HGB. die aus § 219 Abs. 4 HGB. einbegreift. Sollte § 221 auch im Falle des § 219 Abs. 4 gelten, so hätte es besonders gesagt werden müssen, wie es in Art. 184 c Nov. 1884 gegenüber Art. 184 a gesagt war. Es widerspricht auch nicht dem Sinne des Gesetzes, § 219 anders zu behandeln als § 211. Unbeschränkt verpflichtet sein sollen Aktionär und Vorgänger, da dieser an Stelle des Aktionärs tritt. Der ausgeschlossene Aktionär hat nicht mehr Aktionärsstellung und erhält sie regelmässig auch gegen Zahlung nicht wieder. Wenn er der Vorteile derselben ermangelt, ist es andererseits nicht unbillig, ihn der Nachteile des § 221 HGB. zu überheben.

§ 9.

Geschuldete Aktienbeträge bei Namens- und bei Inhaberaktien.

Im Vorhergehenden handelt es sich regelmässig um Ansprüche aus Namensaktien, da Inhaberaktien vor Vollzahlung der Bareinlage nicht ausgegeben werden dürfen (§ 179 Abs. 3 HGB.). Als Aktionär

---

[1]) So auch RG. in ständiger Rechtsprechung (RG. 18, 5; 54, 392; JW. 01, 755; 05, 92). In der Literatur ebenso Makower § 221, III; Staub § 221 Anm. 4; Ring § 221 Anm. 2; Goldmann § 221 Anm. 7; Ritter § 221 Anm. 3; Pinner § 221, II. A. M. ohne Begründung Rudorff § 221.

[2]) Vgl. Denkschrift S. 135; Makower § 221, I; Ring § 221 Anm. 1; Goldmann § 221 Anm. 1.

kann von der AG. nur belangt werden, wer als solcher im Aktienbuche verzeichnet ist (§ 223 Abs. 3 HGB.). Die unwiderlegliche Vermutung des § 223 Abs. 3 verbietet der AG., sich an einen ihr bekannten, aber nicht verzeichneten Rechtsnachfolger des eingetragenen Aktionärs zu halten. Die Erörterung der Ansprüche des Nichteingetragenen gegen den Eingetragenen, z. B. bei Kaduzierung der Aktie, gehört nicht hierher.

Die gleichen Ansprüche wie bei Ausgabe einer Namensaktie stehen der AG. bei Ausgabe eines Interimsscheines (§ 179 Abs. 3 HGB.) zu (vgl. § 224 HGB.).

Konfusion in der Art, dass die AG. durch Erwerb von nicht voll bezahlten Aktien oder Interimsscheinen (noch weitergehend § 226 Abs. 2 Satz 1 HGB.) ihr eigener Schuldner wird, wird ausgeschlossen durch § 226 Abs. 2 HGB. Gegenteilige Rechtsgeschäfte sind nichtig (§ 134 BGB.).

Werden entgegen § 179 Abs. 3 HGB. Inhaberaktien vor Vollzahlung ausgegeben, so sind sie nicht nichtig. Das ergibt einmal § 209 HGB., der unter den nichtigen Papieren die nicht vollbezahlte Inhaberaktie nicht nennt; ferner auch die §§ 241, 249, die die Ausgabe als gültiges, nur Vorstand und Aufsichtsrat zum Schadensersatz verpflichtendes Rechtsgeschäft ansehen.[1])

Auch aus der Inhaberaktie hat also die AG. den Anspruch auf Vollzahlung der Aktie. Gegen wen richtet sich nun dieser Anspruch?

---

[1]) Gegen diese gemeine Meinung (Begr. S. 221; Staub § 179 Anm. 4; Cosack S. 754; Makower § 179, VIa; Goldmann § 179 Anm. 22; Ring § 179 Anm. 7; Pinner § 179, I, 5d; Ritter § 179 Anm. 4; RG. 40, 148) mit Unrecht Esser § 179 Anm. 4 ohne Begründung.

Zahlt der Empfänger einer Inhaberschuldverschreibung im Sinne des BGB. dem Aussteller den für die Schuldverschreibung geforderten Preis nicht vollständig und überträgt er alsdann die Schuldverschreibung auf einen anderen, so kann der Aussteller von diesem die vom ersten Empfänger geschuldete Leistung ebensowenig verlangen, wie er dem jeweiligen Inhaber Einwendungen aus der Person des ersten Empfängers der Schuldverschreibung entgegensetzen kann (§ 796 BGB.). Denn auf den Erwerber ist nur die Forderung, aber nicht die Schuld des Veräusserers übergegangen.

Ob nun der auf die Inhaberaktie geschuldete Betrag der auf die Schuldverschreibung geschuldeten Gegenleistung zu vergleichen ist, könnte Zweifeln unterliegen; denn die Inhaberaktie ist keine Schuldverschreibung auf den Inhaber im Sinne der §§ 793 ff. BGB.[1]) Der Erwerber der Inhaberaktie tritt nicht nur in die Forderungsrechte seines Vorgängers, insbesondere das Recht auf Dividende, vielmehr in die gesamte Aktionärsstellung ein. Indes wäre es verfehlt, hieraus den Schluss zu ziehen, dass er als Aktionärsverpflichtung auch die Verpflichtung zur Vollzahlung der Inhaberaktie übernehme, dass sich die AG. also gegen den jeweiligen Inhaber aus § 211 HGB. halten könne. Es ist zu zeigen, dass die Verpflichtung zur Vollzahlung nicht mit dem Aktionärsverhältnis auf den jedesmaligen Aktionär übergeht.

Das Verbot der Ausgabe von Inhaberaktien vor Vollzahlung (§ 179 Abs. 3 HGB.) hat den Sinn, dass bei Ausgabe der Inhaberaktie ein Mitgliedschafts-

---

[1]) Vgl. Staub § 223 Anm. 16; Goldmann-Lilienthal S. 843 Note 1; Dernburg II, 1 § 146, IV.

verhältnis bestehen soll, bei dem das Mitglied keine Verpflichtung zur Zahlung von Aktienbeträgen mehr hat. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs ist der Grundsatz, dass der Inhaberaktionär frei von einer Einzahlungsverpflichtung sein soll, möglichst durchzuführen.

Beim Ersterwerber der Aktie ist der Grundsatz undurchführbar, weil er eben entgegen § 179 Abs. 3 HGB. die Inhaberaktie nicht voll bezahlt hat, seine Verpflichtung also nach Entstehung der AG. fortbesteht. Ueberträgt er nun aber seine Aktie und damit das Aktionärsverhältnis, so überträgt er nicht das bestehende mangelhafte Inhaberaktionärsverhältnis, sondern er macht den Erwerber zum vorschriftsmässigen, d. h. zu keiner Einzahlung verpflichteten Inhaberaktionär. Die Verpflichtung zur Vollzahlung wird nicht mitübertragen, vielmehr bleibt sie an dem Ersterwerber der Aktie haften.

Wenn also auch § 796 BGB. selbst nicht anwendbar ist, weil die Inhaberaktie — wie oben ausgeführt — keine Inhaberschuldverschreibung im Sinne von §§ 793ff. BGB. darstellt, so ist doch seine analoge Anwendung geboten. Die Inhaberaktie ist im selben Masse Verkehrspapier wie die Inhaberschuldverschreibung; ihre Uebergabe besitzt daher die gleiche einredevernichtende Kraft wie die Uebergabe anderer Verkehrspapiere (vgl. auch § 365 HGB., Art. 82 WO.).[1])

Die AG. kann sich also ausschliesslich an den Ersterwerber halten. Das Ergebnis ist das gleiche wie bei der gewöhnlichen Inhaberschuldverschreibung.

Nähme man einen jedesmaligen Uebergang der Verpflichtung zur Vollzahlung zugleich mit Uebergang

---

[1]) Ebenso Jocobi S. 354, 355.

der Inhaberaktie an, so würde man zu unhaltbaren Ergebnissen gelangen. Der Inhaber wäre in den meisten Fällen nicht zu ermitteln. Würde er ermittelt und in Anspruch genommen, so würde der mangelnde Schutz des guten Glaubens, wie angedeutet, jede Verkehrssicherheit vernichten. Der belangte Aktionär würde sich der Aktie um jeden Preis, schlimmstenfalls durch Vernichtung, zu entledigen suchen. Er hätte es also in seiner Macht, den Anspruch der AG. zu vereiteln.

Auch den allein haftenden Ersterwerber zu ermitteln, dürfte praktisch oft unmöglich sein. Eben mit Rücksicht darauf ist die Bestimmung in § 179 Abs. 3 HGB. getroffen.

§§ 219, 220 sind bei der Inhaberaktie unanwendbar. Dies ergibt sich bezüglich der Vorgängerhaftung ohne weiteres daraus, dass keine Vorgänger vorhanden sind, da der Anspruch nur gegen den Ersterwerber geht. Dagegen wäre es an sich denkbar, bei Säumnis des Ersterwerbers Inhaberaktien zu kaduzieren, neue auszugeben und gemäss § 220 Abs. 3 HGB. zu verkaufen. Da dann aber zu befürchten wäre, dass der ausgeschlossene Aktionär seine Inhaberaktien, denen die Ungültigkeit nicht anzumerken wäre, trotzdem weitergäbe, so ist als Wille des Gesetzgebers (vgl. auch Begr. S. 221) anzunehmen, dass das gesamte Kaduzierungsverfahren mit seinen Folgen sich nur auf Namensaktien beziehen soll.

Ein Inhaberinterimsschein ist, gleich ob vollbezahlt oder nicht, stets nichtig (§ 209 HGB.). — —

Dem Aktionär gleich steht der Zeichner bei der Sukzessivgründung, dessen ursprünglich nichtige Zeichnung gemäss § 189 Abs. 4 HGB. von ihren Mängeln geheilt wird.

§ 10.

Mehrheit von Schuldnern eines Aktienbetrages.

Mehrere schulden eine auf die Aktie zu bewirkende Leistung als Gesamtschuldner (§ 225 Abs. 2 HGB.). Hierher gehört ausser der Verpflichtung aus § 211 HGB. auch die der Rechtsvorgänger aus § 220 HGB.; denn diese bewirken ihre Leistung gleichfalls auf die Aktie hin, die sie wieder erhalten sollen. Dagegen haften mehrere Inhaber einer kaduzierten Aktie (§ 219 Abs. 4 HGB.) nur anteilsweise (§ 420 BGB.); denn nach der hier vertretenen Ansicht (vgl. § 8 a. E.) entspringt die Haftung aus § 219 Abs. 4 nicht der aus § 211, unterliegt mithin nicht den für diese geltenden Regeln.

Steht die Aktie mehreren Miterben zu, so unterliegt deren Haftung den erbrechtlichen Beschränkungen (KB. 1897 S. 71); sie haften also gemäss §§ 2059—2061 BGB. nur anteilsweise. § 179 Abs. 1 HGB. steht dem nicht entgegen, da er nur eine Teilung des Mitgliedschaftsrechtes, nicht aber der Haftung verbietet.

Auch wenn die Miterben vorbehaltslos als Miteigentümer der Aktie ins Aktienbuch eingetragen werden, verwirken sie ihre anteilsweise Haftung nicht, sofern nicht der Wille, gesamtschuldnerisch zu haften, besteht. Dies hätte die AG. als anspruchbegründende Tatsache zu beweisen; denn das Fehlen des Erbenvermerkes liefert noch keine Vermutung für den Willen der Erben, gesamtschuldnerisch zu haften. Das Gesetz bietet keinen Anhalt für die Annahme, dass das Fortbestehen der anteilsweisen Haftung von einem dahingehenden Vermerk im Aktienbuch abhängen solle. Es wäre unbillig, die Erbenwohltat rechts-

kundigen Erben zu erhalten, solchen, die den Vermerk im Aktienbuche versäumen, dagegen zu rauben.[1])

Die AG. kann sich in den verschiedenen Fällen der Teilhaftung verschieden verhalten:

a) Vor der Nachlassteilung gewährt § 2059 Abs. 1 Satz 2 BGB. dem unbeschränkt haftenden Miterben die Einrede der einstweiligen Teilhaftung. Der Anspruch der AG. auf den gesamten Betrag bleibt bestehen; es steht ihm nur die erwähnte Einrede entgegen. Infolgedessen liegt ein nicht rechtzeitiges Einzahlen im Sinne von § 219 HGB. bezw. das Nichterlangen der Zahlung im Sinne von § 220 HGB. vor. Die AG. ist also zur Kaduzierung bezw. zur Belangung des Rechtsvorgängers berechtigt (vgl. oben § 4 I 1a).

b) Nach der Nachlassteilung haften die Miterben in den Fällen der §§ 2060, 2061 anteilsweise. Hier ist an Stelle der solidarischen die anteilsweise Verpflichtung getreten. Die AG. hat überhaupt nur noch einen anteilsweisen Anspruch. Kaduzierung bezw. Belangung des Rechtsvorgängers wegen Nichtzahlung eines den Erbenanteil übersteigenden Betrages ist daher ausgeschlossen.

Zahlt der Miterbe den auf ihn entfallenden Teil des nach § 211 HGB. eingeforderten Betrages nicht ein, so ist Kaduzierung des betreffenden Teiles der Aktie und darauffolgende Neuausgabe einer Urkunde angängig, die auf den kaduzierten Teilbetrag der Aktie lautet. Von einer Teilung der Aktie ist hier nicht die Rede. § 179 Abs. 1 HGB. steht daher nicht entgegen; denn dieser verbietet nur, dass durch Teilung einer Aktie mehrere neue Aktien hergestellt werden, nicht

---

[1]) Ebenso Makower § 225, III gegen Ring § 225 Anm. 3; Staub § 225 Anm. 9; Goldmann § 225 Anm. 6.

aber, dass über eine und dieselbe Aktie nicht ganz, sondern nur zum Teil in irgend einer Weise — wie hier mittels Kaduzierung — verfügt wird. Der Erwerber der Aktienpart wird Aktieninhaber gemeinsam mit den verbleibenden Miterben. Da er in die Stellung eines Miterben eintritt, haftet er ebenso wie dieser vordem, d. h. nicht gesamtschuldnerisch, sondern nur anteilsweise; auch hier kann § 225 Abs. 2 HGB. nicht Anwendung finden.

Zahlt ein Miterbe den nach § 220 Abs. 1 HGB. geschuldeten Teilbetrag nicht, so kann die AG. von dem Rechtsvorgänger der Miterben, d. h. des Erblassers Deckung verlangen.

Das Gesetz berührt die zuletzt erörterten Fälle nicht; die §§ 219, 220 konnten nur analog angewendet werden.

Die Form von Willenserklärungen den mehreren Inhabern der Aktie gegenüber, z. B. bei der Aufforderung des § 219 Abs. 2 HGB., regelt § 225 Abs. 3 HGB.

II. Deckungsmittel bei Beteiligungsannahme zahlungsunfähiger Aktionäre.

§ 11.

1. Haftung der Gründer.

Das äusserste regelmässige Mittel zur Erlangung der rückständigen Einlage ist, wie oben (vgl. § 7) erörtert, die Ausfallshaftung des § 219 Abs. 4 HGB. Versagt auch dieses Deckungsmittel, so stehen der AG. nur unter besonderen Umständen noch weitere Deckungsmittel zu Gebote. Ein solcher Umstand ist der, dass der Ausfall, den die AG. an dem zahlungsunfähigen Aktionär erleidet, dadurch verursacht ist,

dass der Zahlungsunfähige überhaupt zur Beteiligung an der neugegründeten AG. zugelassen worden ist. Es ergeben sich hiernach ausserordentliche Deckungsmittel in Gestalt von Ansprüchen gegen die Personen, welche die Beteiligung jenes Aktionärs ermöglicht haben. — — —

In erster Linie lässt das Gesetz eine Haftung der Gründer (§ 187) eintreten, die die Beteiligung eines zahlungsunfähigen Aktionärs in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben (§ 202 Abs. 3 HGB.).

a) Die Gründer haften also nur hinsichtlich des Ersterwerbers der Aktie in seiner Eigenschaft als solchen. Gleichgültig ist, ob der zahlungsunfähige Aktionär ununterbrochen erster Aktionär, die Aktie also noch unveräussert ist, oder ob der frühere erste Aktionär im Wege des Vorgängerregresses (§ 220 Abs. 1 HGB.), also durch Rückgängigmachung der letzten Eintragung im Aktienbuch (Begr. S. 81), wieder Aktionär geworden ist und sich bei Einforderung weiterer Aktienraten seine Zahlungsunfähigkeit erweist. Dagegen tritt keine Gründerhaftung ein, wenn der ehemalige erste Aktionär die Aktie durch Kauf wieder erhält und sich in diesem neuen Aktionärsverhältnis als zahlungsunfähig erweist.

b) Der Zeitpunkt der Annahme der Beteiligung ist „im Falle der Simultangründung der Zeitpunkt der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung, bei welcher der Betreffende die Aktien übernommen hat, im Falle der Sukzessivgründung der Zeitpunkt der Zuteilung der Aktien“. (Denkschrift S. 129.)

c) Die Haftung der Gründer beschränkt sich auf den Ausfall, den die AG. erleidet, also auf den Fall, dass die AG. ihre Forderung aus § 211 HGB. nicht

einzutreiben und nicht auf andere Weise Deckung zu erlangen vermag.

Wann dieser Fall gegeben ist, ist bestritten. Manche[1]) behaupten, es müsse zur Feststellung des Ausfalls erst das Kaduzierungsverfahren erledigt und der Verkauf der neuen Aktie versucht worden sein. Andere[2]) nehmen dasselbe für den Fall an, dass der ursprüngliche Aktienerwerber die Aktie weiter begeben hat.

Die angegebenen Ansichten sind beide abzulehnen. Der Ausfall ist entstanden, auch ohne dass erst Kaduzierung erfolgen müsste.[3])

Der leitende Gesichtspunkt ist: Der Ausfall besteht, soweit die AG. keine anderen Deckungsmittel hat. Vor erfolgter Kaduzierung, auch während des Kaduzierungsverfahrens, hat sie keine sonstigen Deckungsmittel; mithin steht der Ausfall fest, haften die Gründer also. Die Betreibung des Kaduzierungsverfahrens steht im freien Belieben der AG.; sie hat es daher in ihrer Macht, keine Deckungsmittel entstehen zu lassen und so die Haftung der Gründer herbeizuführen.

Bis zur Kaduzierung kann sie den Anspruch gegen die Gründer und das Kaduzierungsverfahren gleichzeitig betreiben. Erst die Kaduzierung lässt neue Deckungsmittel (§§ 220, 219 Abs. 4 HGB.) entstehen; mit diesem Zeitpunkte endigt deshalb vorläufig die Möglichkeit, gegen die Gründer vorzugehen. Umgekehrt hindert die Befriedigung durch die Gründer

---

[1]) So Petersen-Pechmann S. 93; Goldmann § 202 Anm. 25; Ring § 202 Anm. 6.

[2]) Staub § 202 Anm. 18; Schmidt S. 24.

[3]) Ebenso Rudorff § 202 Anm. 3 und Behrend § 110 Anm. 26.

die Fortsetzung des Kaduzierungsverfahrens. Das Verhältnis zwischen Gründeranspruch und Kaduzierung entspricht völlig den oben dargelegten zwischen dem Anspruch aus § 211 HGB. und der Kaduzierung. (Vgl. § 4 I 1a.)

Es entspricht auch allein dem Geiste des Gesetzes, wenn die Gründer ohne die Notwendigkeit vorangehender Kaduzierung haften.

Die Möglichkeit, das Grundkapital zu vervollständigen, und damit die Sicherheit der wirtschaftlichen Existenz der AG. ist gefährdet. Diese Gefährdung ist möglichst schnell zu beseitigen; das langwierige Kaduzierungsverfahren ist da nicht das geeignete Mittel, wohl aber die Haftbarmachung zahlungsfähiger Gründer. Diese verdienen die scharfe Ersatzpflicht vollkommen: Sie haben die AG. gefährdet, sie sollen die Gefährdung daher auch wieder beseitigen.

Die Kaduzierung setzt, wie erwähnt, der Verfolgung der Gründer vorläufig ein Ende. Erst wenn sich erweist, dass mit den durch die Kaduzierung entstandenen Deckungsmitteln (§§ 220, 219 Abs. 4 HGB.) der eingeforderte Betrag nicht voll zu erlangen ist, ist der Ausfall wiederum entstanden, können die Gründer also erneut in Anspruch genommen werden.

Sie erhalten gegen Zahlung die neu ausgegebene Aktie im Falle ihrer Unverkäuflichkeit;[1]) andernfalls wäre die AG. um die Aktie ungerechtfertigt bereichert.

d) Erweist sich ein nach § 220 Abs. 1 HGB. belangter Rechtsvorgänger, dessen Beteiligung die Gründer seiner Zeit angenommen hatten, als zahlungsunfähig, verkauft daraufhin die AG. die neue Aktie

---

[1]) Ebenso Ring § 202 Anm. 6; vgl. oben § 7c.

mit Verlust (§ 220 Abs. 3 HGB.) und vermag sie vom ausgeschlossenen Aktionär keine Deckung zu erlangen (§ 219 Abs. 4 HGB.), so ist der Ausfall nicht nur von dem ausgeschlossenen Aktionär, sondern auch von dem Rechtsvorgänger verursacht. § 202 Abs. 3 HGB. spricht nun allerdings nur von der Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs, nicht auch eines „früheren Aktionärs". Der Wortlaut von § 202 Abs. 3 ist jedoch nicht zu eng zu nehmen. Dass § 202 Abs. 3 auch zur Anwendung kommt, wenn ein „früherer Aktionär" zahlungsunfähig ist, erhellt daraus, dass die Gründer bei vorangegangener Kaduzierung erst nach Belangung des ausgeschlossenen, also auch eines „früheren" Aktionärs haften.

Darnach tritt die Gründerhaftung aus § 202 Abs. 3 auch ein, wenn der Rechtsvorgänger in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit als Aktionär angenommen worden ist. In jedem Falle trifft gleiches Verschulden die Gründer — gleicher Schade die AG. — folglich ist auch die Haftung der Gründer mit Recht die gleiche.

e) Die AG. hat als anspruchbegründende Tatsachen den entstandenen Ausfall, die Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs und die Kenntnis der Gründer hiervon im Zeitpunkte der Annahme der Beteiligung zu beweisen. Die Zahlungsunfähigkeit braucht nicht durch Klage oder Zwangsvollstreckung erwiesen zu werden (vgl. Begr. S. 123). Insbesondere kann sich bei Nichtzahlung durch den Rechtsvorgänger (oben d) die AG. auf die Vermutung im § 220 Abs. 1 HGB. stützen. Der Gründer hat dann den Gegenbeweis der Zahlungsfähigkeit des Vorgängers zu führen.

f) Der Anspruch wird ausgeschlossen durch Entlastung der Gründer oder einen sonstigen Verzicht oder Vergleich gemäss § 205 HGB. Die Geltend-

machung des Anspruchs wird ausgeschlossen durch Verjährung in 5 Jahren von der Entstehung der AG. an (§ 206 HGB.).

§ 12.

2. Haftung des Vorstands und des Aufsichtsrats.

Ein Schadensersatzanspruch gegen Vorstand und Aufsichtsrat bei Beteiligung zahlungsunfähiger Aktionäre an der Gesellschaft ist nur denkbar, wenn jene Organe verpflichtet sind, die Beteiligung unsolider Elemente im Gründungsstadium zu verhindern. Diese Hinderung würde sich in der Weise vollziehen, dass Vorstand und Aufsichtsrat auf Grund ihrer bei der Prüfung (§ 192 HGB.) gewonnenen Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit die Anmeldung zur Eintragung (§ 195 HGB.) nicht vornähmen und so die Entstehung der AG. vereitelten.

Inwieweit nun der Vorstand und Aufsichtsrat bei der Prüfung des Gründungshergangs (§§ 192, 193) die Zahlungsunfähigkeit der Aktionäre zu erforschen haben, ist bestritten. Auszugehen ist davon, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes auch in dieser Beziehung anwenden müssen (§ 204 HGB.). Die Begründung (S. 111) erklärt, Vorstand und Aufsichtsrat hätten sich „soweit es angeht, auch über die Persönlichkeit der Zeichner ein Urteil zu bilden.“

Mit Recht schränkt die Begründung die Prüfungspflicht auf Verhältnisse ein, in denen die Prüfung angängig ist. Bei einer grossen Zahl von Aktionären, besonders auswärtigen, über deren Vermögensverhältnisse Auskunft entweder gar nicht oder nur unter Zeitverlust und Aufwendung von Kosten zu erlangen wäre, ist eine Prüfung nicht zu verlangen.

Aber auch soweit eine Prüfung an sich angängig ist, besteht regelmässig, entgegen der in der Begründung ausgesprochenen Ansicht, keine Pflicht zur Vornahme der Prüfung. Im allgemeinen werden Vorstand und Aufsichtsrat befugt sein, sich auf die Gründer zu verlassen.

Nur unter besonderen Umständen tritt eine Prüfungspflicht ein.

a) Jedenfalls sind Angaben zu prüfen, die die — dazu nicht verpflichteten — Gründer betreffs der Zahlungsfähigkeit der Zeichner machen. Denn Angaben über die Zeichner sind auch solche über die Zeichnung, sind mithin nach § 193 HGB. zu prüfen.

b) Sind Aktienbeträge gezeichnet, die nach allgemeiner Auffassung, wie sie auch die Prüfenden kennen oder kennen müssten, zu den Vermögensverhältnissen des Zeichners in Missverhältnis stehen, so tritt gleichfalls Prüfungspflicht ein; dies insbesondere dann, wenn die nach § 195 Abs. 3 HGB. notwendige Teilzahlung zur Zeit der Prüfung noch nicht geleistet ist.

c) Wenn als Aktionäre nur den Prüfenden bekannte Personen zu erwarten sind, wird das Vorhandensein unbekannter Namen unter Umständen den Verdacht der Vorspiegelung nicht existierender Personen begründen müssen und Nachforschungen nach der Existenz der Genannten angebracht erscheinen lassen.

d) Darüber hinaus erfordert die Vorsicht eines ordentlichen Geschäftsmannes die Prüfung in den Fällen, wo nur so wenige Aktionäre oder zwar viele Aktionäre, darunter aber nur so wenige Grossaktionäre vorhanden sind, dass die Zahlungsunfähigkeit bereits

eines einzigen oder einiger weniger die AG. gefährden könnte.[1])

Jedes Mitglied des Vorstands wie des Aufsichtsrats hat die ganze Prüfung vorzunehmen. Eine Teilung ist unstatthaft. Damit ist selbstredend nicht gesagt, dass bei mangelhafter Prüfung jeden Prüfenden Verschulden trifft. Jeder haftet nur für sein eigenes Verschulden (Begr. S. 124); trifft mehrere Verschulden, so haften sie als Gesamtschuldner, und zwar ergänzend nach den Gründern (§ 204 HGB.).

Die Schadensersatzpflichtigen haben den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn ein zahlungsunfähiger Aktionär nicht zugelassen worden wäre (§ 249 BGB.). Wäre alsdann der ausstehende Aktienbetrag bereits von der AG. eingezogen worden, so sind Vorstand und Aufsichtsrat zur Leistung des betreffenden Betrages verpflichtet.

Die Beweislast bezüglich des Verschuldens erlegen einige Schriftsteller[2]) dem Vorstand bzw. Aufsichtsrat auf. Diese Annahme des Exkulpationsbeweises ist abzulehnen. Vorstand und Aufsichtsrat stehen zur Zeit der schuldhaften Handlung in keinem Vertragsverhältnis zu der noch nicht bestehenden AG. Einerseits ist diese nicht gleichbedeutend mit den Gründern; das Vertragsverhältnis zwischen Gründern und Vorstand ist also nicht das gleiche wie das

---

[1]) Der gleichen Ansicht u. a. Staub § 193 Anm. 2; Ring § 193 Anm. 2; Goldmann § 193 Anm. 4; Küntzel S. 35; Ritter § 193 Anm. 1; Schmidt S. 68 Anm. 136. Dagegen vertreten den abgelehnten, schrofferen Standpunkt der Begr. von Völderndorff Art. 209 h Anm. 3 (S. 365); Petersen-Pechmann S. 356; Kayser Art. 209 h Anm. 22; Makower § 193, IIb, 2; Pinner § 193, I.

[2]) Vgl. Ritter § 204 Anm. 1; Staub § 204 Anm. 4; Pinner § 204, II, 3.

zwischen AG. und Vorstand. Andererseits ergibt das Gesetz keineswegs, wie RG. 5, 21 behauptet, dass „die Existenz der eingetragenen AG. in Bezug auf ihre Stellung zu jenen Organen als auf den Zeitpunkt jenes Eintritts der Organe in Wirksamkeit retrotrahiert gilt".

Vielmehr liegt ausservertragliches Verschulden vor, das mithin die AG. zu beweisen hat.[1])

§ 204 HGB. setzt nur die Haftung für Fahrlässigkeit fest;[2]) denn Ausserachtlassung der Sorgfalt umfasst nicht auch Vorsatz (vgl. § 276 Abs. 1 BGB.). Handeln Vorstand und Aufsichtsrat vorsätzlich, kennen sie also bei der Prüfung die Zahlungsunfähigkeit, so kommen allgemeine Grundsätze zur Anwendung.

Die §§ 241, 249 HGB. sind nicht heranzuziehen, wenn sie auch an sich anwendbar erscheinen mögen. Denn sie beziehen sich ihrer systematischen Stellung im 3. Titel gemäss nur auf die Rechtsstellung des Vorstands und Aufsichtsrats bei der Geschäftsführung, d. h. während des Bestehens der AG. Obliegenheitsverletzungen im Entstehungsstadium der AG. fallen dagegen nicht unter §§ 241, 249 HGB., wie z. B. die Obliegenheitsverletzung des § 204 HGB., der daher auch seine systematische Stellung im 2. Titel erhalten hat.

§ 276 BGB. kommt nicht in Frage, weil ausservertragliches Verschulden vorliegt. Es ist die Frage, ob § 823 BGB. anwendbar ist.

§ 823 BGB. erfordert die Verletzung des Rechtes eines anderen. Der andere muss also zur Zeit des

---

[1]) Ebenso Goldmann § 204 Anm. 5; Ring § 204 Anm. 4; Makower § 204, II; Esser § 204 Anm. 4; Küntzel S. 66; Rudorff § 204. Desgl. Art. 213c Nov. 1884.

[2]) Ebenso Goldmann § 204 Anm. 4; Ring § 204 Anm. 1; Rudorff § 204.

Erfolges der schädigenden Handlung bestehen; dass er im Zeitpunkte der Ausführungshandlung besteht, ist nicht nötig. Zur Zeit der Ausführungshandlung, d. i. in dem Zeitraum zwischen Prüfung und Anmeldung — denn bis zur Anmeldung können Vorstand und Aufsichtsrat die Zulassung des Zahlungsunfähigen immer noch verhindern — besteht die AG. noch nicht; beim Eintreten des Erfolges dagegen besteht sie bereits, denn der Erfolg tritt erst mit ihrer Entstehung ein.

Ein weiteres Bedenken gegen die Anwendbarkeit von § 823 BGB. ist das, ob eines der in Abs. 1 genannten Rechte verletzt ist. Verletzt ist durch die vom Vorstand und Aufsichtsrat verschuldete Zulassung zahlungsunfähiger Aktionäre das Recht der AG. auf Erlangung der vollen Aktienbeträge. Nicht Forderungsrechte gegen die Aktionäre sind verletzt, sondern allgemein das Recht der AG. darauf, sichere Forderungsrechte, d. h. zahlungsfähige Aktionäre und dadurch eine gesicherte wirtschaftliche Stellung zu besitzen. Das verletzte Recht entspricht etwa der Gesundheit bei der lebenden Person. Was bei dieser Schädigung der Gesundheit ist, ist bei der juristischen Person Gefährdung der Sicherheit ihres Bestehens. Es erscheint angebracht, dieses Recht auf ungefährdete Existenz als ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB. aufzufassen.

Auch aus § 823 Abs. 2 BGB. lässt sich die Haftung des Vorstands und Aufsichtsrats herleiten. Schutzvorschriften im Sinne dieser Bestimmungen sind nicht etwa nur Strafgesetze,[1]) sondern alle Gesetze, die „den Einzelnen im Gegensatze zur Gesamtheit“

[1]) So auch Protok. z. BGB. II, 572.

schützen sollen. (RG. in JW. 05,142.)[1]) Schutzgesetz ist demnach auch § 192 HGB., der die AG. im Gründungsstadium vor Beeinträchtigungen durch die Gründer schützen will. Wenn Vorstand und Aufsichtsrat gegen dieses Schutzgesetz vorsätzlich verstossen, sind sie aus § 823 Abs. 2 BGB. haftbar.[2])

Die Haftung ist bei Vorsatz nicht subsidiär wie nach § 204 HGB.; andererseits haften sie auch nicht mit den Gründern zusammen nach § 830 oder 840 BGB. Denn es liegt nicht eine unerlaubte Handlung vor. Vielmehr sind die Gründer aus dem Delikt[3]) des § 202 Abs. 3 HGB., Vorstand und Aufsichtsrat aber aus dem davon verschiedenen Delikt des § 823 BGB. verpflichtet.

Gründer sowie Vorstand und Aufsichtsrat sind überhaupt nicht Gesamtschuldner im Sinne von § 421 BGB. Das echte Gesamtschuldverhältnis setzt Gemeinschaft des materiellen Schuldgrundes voraus (RG. 67,131). Dagegen ist hier Schuldgrund bezüglich der Gründer die Annahme des Zahlungsunfähigen, bezüglich des Vorstands und Aufsichtsrats die Verletzung der ordnungsmässigen Prüfungspflicht. Die Schuldgründe stehen in keinem Zusammenhang: Hinsichtlich desselben Aktionärs können die Gründer sich haftbar machen, Vorstand und Aufsichtsrat dagegen nicht, ebenso auch umgekehrt.

Es liegt das als „unechte Solidarität„ bezeichnete Verhältnis vor, da „ohne das rechtliche Band der Solidarität nur zufällig, aus verschiedenen, von einander

---

[1]) Vgl. Staudinger § 823, III, 2.

[2]) Vgl. die ähnlichen Ausführungen in betreff § 202 bei Staub § 202 Anm. 3.

[3]) Vgl. hierzu Pinner § 202, I.

völlig unabhängigen Schuldgründen die Verpflichtung mehrerer auf einen gleichen Leistungsinhalt oder mit demselben Obligationszweck begründet ist." (RG. 61, 60.)

Die für das Gesamtschuldverhältnis geltenden Regeln, insbesondere auch § 423 BGB., sind folglich nicht anzuwenden.[1])

§§ 205, 206 sind nur im Falle des § 204, also nicht bei vorsätzlichem Handeln von Vorstand und Aufsichtsrat anwendbar. Wegen vorsätzlichen Handelns können diese also sogleich und ohne Zustimmung der Generalsammlung entlastet werden — eine merkwürdige Prämie, die das Gesetz für gröbere Pflichtverletzung gewährt!

Welchen Einfluss hat es auf die Verpflichtung aus § 204 HGB., wenn die Tatsachen in §§ 205, 206 in der Person der Gründer eintreten? —

Die Ergänzungshaftung tritt nur ein, wenn der Aktienbetrag von den Gründern nicht zu erlangen ist; sie tritt also nicht ein, wenn der Betrag zwar zu erlangen ist, die AG. aber von der Erlangung absieht, sei es mit Ueberlegung, also durch Verzicht oder Vergleich, oder ohne Ueberlegung, so durch Verjährenlassen. Ist der Betrag nicht zu erlangen, — was die AG. zu beweisen hätte — und sieht die AG. dann von der Erlangung ab, so bleibt die Ergänzungshaftung bestehen.[2])

---

[1]) Vgl. des Näheren über die bestrittene Frage Eisele, im Archiv f. zivil. Pr. 77 S. 478; Staudinger, Vorbem. IV, 7 vor § 420; RG. a. a. O.; RG. in JW. 08, 33.

[2]) Ebenso Ring § 204 Anm. 3; Staub § 204 Anm. 7 bezüglich Vergleich und Verjährung; für den Verzicht — schwerlich ein praktisch bedeutsamer Fall — muss dasselbe gelten.

§ 13.

3. Haftung der Revisoren.

In bestimmten Fällen findet eine besondere Prüfung des Gründungshergangs durch Revisoren statt (§ 192 Abs. 2 HGB.). Für den geringen Umfang ihrer Verpflichtung, auch die Zahlungsfähigkeit der Aktionäre zu untersuchen, gilt das bezüglich des Vorstands und Aufsichtsrats Gesagte entsprechend.

Die — in Preussen (Pr. Gesetz 19. August 1897) von der Handelskammer ernannten (§ 192 Abs. 3 HGB.) — Revisoren üben ihr Amt im öffentlichen Interesse [1]) aus, sind aber keine Staatsbeamte. Sie haften daher nicht nach § 839 BGB.,[2]) sondern nach § 823 BGB., da ihr Verschulden wie das vom Vorstand und Aufsichtsrat (vgl. § 12) ausserkontraktlich ist.[3]) Die Schadensersatzpflichtigen haben — ebenso wie Vorstand und Aufsichtsrat — die Aktienbeträge zu leisten, die die AG. bereits erlangt hätte, wenn ein zahlungsunfähiger Aktionär nicht zugelassen worden wäre.

Ebenso wie die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats haben auch mehrere Revisoren jeder die ganze Prüfung vorzunehmen.[4])

Ein der Billigkeit wenig entsprechendes Ergebnis ist unvermeidlich, wenn neben den Gründern wegen

---

[1]) Ebenso Staub § 192 Anm. 6; Pinner § 192, 5; Ritter § 192 Anm. 4; Ring § 192 Anm. 3; Goldmann § 192 Anm. 10; Behrend § 103 Anm. 2. A. M. Kayser Art. 209h Anm. 17.

[2]) A. M. Pinner § 192, 6.

[3]) A. M. wie oben Staub § 192 Anm. 8; Ritter § 204 Anm. 5.

[4]) Ebenso Goldmann § 192 Anm. 13; Ring § 192 Anm. 3; Ritter § 192 Anm. 3. A. M. Esser § 193 Anm. 3; Pinner § 192, 7; Staub § 192 Anm. 4 unter Berufung auf OLG. Dresden in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht 7, 313.

fahrlässiger Prüfung Vorstand und Aufsichtsrat und ausserdem Revisoren haftbar geworden sind. Da letztere nicht ergänzend haften, ist die AG. in der Lage, sich vor allen anderen an die Revisoren zu halten, auch die ungleich schuldigeren Gründer zu verschonen.

III. Deckungsmittel bei gesetzwidrigem Fehlen von Aktienbeträgen.

§ 14.

1. Allgemeines.

Ist die Vorschrift in § 195 Abs. 3 HGB. verletzt, d. h. ist zur Zeit der Entstehung der AG. der als einbezahlt angegebene Betrag, und zwar mindestens $^1/_4$ des Nennbetrages plus Agio auf jede Aktie, nicht bar gezahlt und im Besitz des Vorstands, so sind der AG. besondere Mittel zur Erlangung der gesetzwidrigerweise fehlenden Aktienbeträge gegeben (vgl. unten §§ 15—20).

Ob daneben noch die vorstehend behandelten (vgl. §§ 2—7, 11—13) Deckungsmittel, insbesondere der Anspruch aus § 211 HGB., gegeben sind oder ob die AG. auf die im folgenden zu behandelnden besonderen Deckungsmittel allein angewiesen ist, hängt davon ab, ob die ausstehenden Aktienbeträge gezahlt sind oder nicht.

Der Zeichner haftet nur für die Zahlung des vor Entstehung der AG. eingeforderten Aktienbetrages an den Vorstand, nicht auch dafür, dass dieser Betrag späterhin in den Besitz der AG. kommt. Gibt der Vorstand daher den Betrag vor Entstehung der AG. aus — etwa durch Hingabe als Darlehen oder unredlicherweise durch Veruntreuung — so kann die AG. den Anspruch aus § 211 HGB. sowie die übrigen regelmässigen Deckungsmittel nicht mehr geltend

machen. Alsdann ist sie auf die besonderen Deckungsmittel der §§ 15—20 angewiesen.

Nur wenn der Aktionär den als eingezahlt angegebenen Betrag überhaupt noch nicht gezahlt hat, treten zu den besonderen, wegen Verletzung von § 195 Abs. 3 gegebenen Deckungsmitteln die regelmässigen, gegebenenfalls noch die Deckungsmittel der §§ 11—13 hinzu.

Ist § 195 Abs. 3 in der Weise verletzt, dass das Agio nicht eingezahlt ist, so ist dieses gleichfalls mit dem Anspruch aus § 211 und den sonstigen Deckungsmitteln erlangbar.

Die im folgenden behandelten besonderen Deckungsmittel beruhen sämtlich auf derselben Erwägung des Gesetzgebers: Eine AG., welcher der Mindestbetrag von $^1/_4$ der Aktienbeträge als Mindestbetriebs- und Haftungskapital fehlt, ist eine unsolide Gründung; Personen, die eine solche gesetzwidrigerweise ins Leben gerufen haben, sind verpflichtet, die unsolide Gründung zu einer soliden zu gestalten und damit die von ihnen bewirkte Gefährdung des Wirtschaftslebens wieder zu beseitigen. (Vgl. Begr. S. 119).

Wie angedeutet, trifft die leitende Erwägung des Gesetzgebers die Fälle nicht, in denen zwar $^1/_4$ der Aktienbeträge oder mehr eingezahlt ist, aber eine noch grössere Summe als eingezahlt angemeldet wird; denn hier besitzt das Unternehmen nach dem Massstabe des Gesetzes die erforderliche Solidität. Dennoch lässt das Gesetz die gleiche Haftung der an der Gründung Beteiligten eintreten, um jedenfalls eine wahrheitsgemässe Darlegung der Gründungshergänge zu erzielen.

§ 15.

Fehlen von Aktienbeträgen trotz wahrheitsgemässer Anmeldungserklärung.

Das HGB. berücksichtigt nur denjenigen Fall gesetzwidriger Entstehung, dass die AG. infolge falscher Erklärung der anmeldenden Personen (§ 195 Abs. 3 HGB.) über die eingezahlten Beträge ins Register eingetragen wird.

Zu erwähnen, wenn auch wenig wahrscheinlich, ist indessen auch der Fall, dass die Anmeldungserklärung wahrheitsgemäss auf Einzahlung oder Besitz von weniger als $^1/_4$ der Aktienbeträge lautet, die AG. aber dennoch vom Registerrichter gesetzwidrig eingetragen wird.

Hier kommen die allgemeinen Grundsätze der §§ 823 ff. BGB. in Betracht. Verletzt wird das Recht der künftigen AG. auf Besitz von mindestens $^1/_4$ des Aktienbetrages oder — was inhaltlich dasselbe ist — die Schutzvorschrift des § 195 Abs. 3 HGB. (vgl. oben § 12). Die anmeldenden Personen, d. h. Gründer, Vorstand und Aufsichtsrat sind, soweit sie vorsätzlich oder fahrlässig handeln, schadensersatzpflichtig (§ 823 Abs. 1 oder 2 BGB.).

Der Richter haftet der AG. bei Verschulden nach § 839 BGB., bei Fahrlässigkeit also nur ergänzend, soweit die AG. nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Diesen Umstand hat die AG. zu beweisen.[1]) Es wäre unbillig, den Beweis vom Richter zu verlangen, der die Forderungen der AG. gegen Dritte nicht zu übersehen vermag.

---

[1]) Bestritten; wie hier RG. 51, 262; Planck § 839 Anm. 5; Staudinger § 839 Anm. 10; Goldmann-Lilienthal S. 909.

In Preussen tritt gemäss Art. 77 EG. BGB. an Stelle der Haftung des Richters die ausschliessliche Haftung des Staates ein (Pr. Gesetz 1. August 1909 § 1).

Mehrere aus der Anmeldung Verpflichtete haften der gemeinschaftlichen Begehung des Delikts des § 823 BGB. zufolge als Gesamtschuldner (§ 830 BGB.). Der Richter ist wegen Verletzung der Amtspflicht, also aus einem anderen Schuldgrunde, haftbar. Bei Haftung wegen Vorsatzes steht er daher zu den Anmeldenden nur in einem „unechten Solidaritätsverhältnis“ (vgl. oben § 12).

Die Schadensersatzpflichtigen haben den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Vorschrift in § 195 Abs. 3 HGB. beachtet worden wäre. (§ 249 BGB.), d. h. sie haben den zu $^1/_4$ des Nennbetrages plus Agio fehlenden Betrag zu leisten. Mit der Leistung erlischt insoweit die Schuld des Aktionärs (§§ 362, 267 BGB.). Ob der Leistende sich an ihn wegen ungerechtfertigter Bereicherung halten kann (vgl. Pinner § 202 III 2b), gehört nicht hierher.

3. Fehlen von Aktienbeträgen bei unrichtiger Anmeldungserklärung.

§ 16.

a) Haftung der Gründer.

Ist die AG. auf Grund einer unrichtigen Anmeldungserklärung (§ 195 Abs. 3) über die geleisteten Einzahlungen entstanden, so haften der Gesellschaft zunächst einmal die Gründer. Diese haben für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben einzustehen, welche sie in Ansehung der Einzahlung des Grundkapitals zum Zwecke der Eintragung der Ge-

sellschaft in das Handelsregister machen (§ 202 Abs. 1 HGB.).

Diese Bestimmung bedarf der näheren Erläuterung.

1. Nur für falsche Angaben „in Ansehung der Einzahlung“ tritt die Haftung ein. Daraus folgern manche Schriftsteller:[1]) Erklären die Gründer gemäss § 195 Abs. 3, Beträge von bestimmter Höhe seien eingezahlt und im Besitz des Vorstands, während sie in Wahrheit zwar eingezahlt worden, also im Besitze gewesen, jedoch nicht mehr im Besitze sind, so ist § 202 Abs. 1 HGB. seinem Wortlaut gemäss nicht anwendbar. Diese Auffassung ist als lediglich wortgemässe, aber nicht sinngemässe Auslegung des Gesetzes zurückzuweisen.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch das Reichsgericht (RGStr. 24, 291 ff.), aber mit der unrichtigen Begründung, dass die Angaben über den Besitz an und für sich auch Angaben über die Einzahlung seien, somit unter § 202 Abs. 1 fielen.

Angaben über den Besitz des Vorstands im Zeitpunkte des Einzahlungsaktes wären allerdings Angaben über die Einzahlung; denn Besitz des Vorstands ist eine Modalität der an ihn erfolgten Einzahlung (RG. a. a. O.).

Nach § 195 Abs. 3 erfolgt nun keine Angabe über den Besitz bei der Einzahlung, sondern über den Besitz bei Entstehung der AG. Dass der Besitz andauert, also noch bei der Entstehung der AG. besteht, ist aber keine Modalität der Einzahlung. Daher ist die Angabe, dass der Besitz bei der Entstehung der AG. bestehe, nicht auch eine Angabe über die

---

[1]) So Staub § 313 Anm. 1; Ritter § 202 Anm. 1.

Einzahlung, fällt mithin an sich noch nicht unter § 202 Abs. 1.

Nicht auf dem vom RG. beschrittenen Wege, sondern nur mittelst erweiternder Auslegung ist das Ergebnis zu erreichen, welches dem Sinn des Gesetzes entspricht.

Die Haftung tritt deswegen ein, weil die Gründer eine Gesellschaft ohne ausreichendes verfügungsbereites Kapital wissentlich ins Leben rufen; auf den Grund der mangelnden Verfügungsbereitschaft des Kapitals kommt es nicht an. Ob die Einzahlungen überhaupt noch nicht geleistet oder ob sie zwar geleistet sind, das Geld aber, sei es veruntreut, sei es in einer Weise angelegt, ist, dass es nicht flüssig gemacht werden kann, ist im Augenblick für die AG. unerheblich. Jedenfalls ist ihr Existenzfonds nicht vorhanden; die Gründer, die daran schuld sind, sind mit Recht zur Herstellung des Existenzfonds verpflichtet, d. h. für ihre „in Ansehung des Besitzes des Vorstands“ gemachten Angaben haftbar zu machen.

Mit Makower (§ 202 IIa 1) ist daher der Wortlaut des Gesetzes dahin auszulegen, dass „Einzahlung“ abgekürzt gebraucht ist für „Einzahlung und Besitz des Vorstandes“.[1])

Staubs Begründung, dass § 202 Abs. 1 ebenso wie der gleichlautende § 313 Nr. 1 HGB. zu behandeln, bei letzterem aber als einer Strafbestimmung aus-

---

[1]) Bei dieser Ausdehnung des Begriffs „Einzahlung“ gehören die Fälle, dass Aktienbeträge zwar gezahlt, aber nicht mehr „eingezahlt und im Besitz des Vorstands“ sind, in den Rahmen der Darstellung. Denn der Wortlaut des Themas ist ebenfalls dahin zu verstehen, dass die Erlangung von Aktienbeträgen, die nicht „eingezahlt und im Besitz des Vorstands“ sind, zu erörtern ist.

dehnende Auslegung unzulässig sei, ist unrichtig. Nach allgemeiner Ansicht verbietet § 2 StGB. nur die Anwendung der Analogie bei Strafbestimmungen,[1]) nicht aber die davon scharf zu scheidende ausdehnende Auslegung.[2])

Nach dem Gesagten haften die Gründer für Angaben in Ansehung der Einzahlung und des Besitzes des Vorstands, also:

a) dafür, dass die Aktienbeträge sich im Besitze des Vorstands befinden. Mittelbarer Besitz genügt, aber nur so, dass der Vorstand zwar nicht den „tatsächlichen Gewahrsam — es kann das Geld regulariter deponiert sein —, aber doch die gegenwärtige Verfügungsgewalt über das Geld haben müsse“ (KB. 1884 S. 10; RGStr. 24, 292). Daher genügt mangels jederzeitiger Verfügungsbereitschaft nicht mittelbarer Besitz bei Verpfändung des Geldes.[3]) Ebensowenig genügt Verfügungsgewalt ohne mittelbaren Besitz; dies wurde von der Kommission anlässlich eines entgegenlautenden Antrags ausdrücklich festgestellt (KB. 1897 S. 63). Daher genügt nicht Gutschrift bei einem Bankhaus (RGStr. 24,9), selbst nicht Ueberweisung auf Reichsbankgirokonto (KB. 1897 a. a. O.).

b) dafür, dass die Aktienbeträge bar gezahlt sind. Den Begriff der Barzahlung setzt § 195 Abs. 3 Satz 3 fest. Nicht genügend ist darnach Zahlung ausländischen Geldes, auch nicht die Hingabe eines Wechsels oder Schecks (RGStr. 26,67; 36,186; RG. 41,122; KB. 1897 S. 64) oder Gutschrift bei einem Bankhaus (RGStr. 24,9).

---

[1]) Vgl. Olshausen, Komm. z. StGB. 1905 § 2 Anm. 4.

[2]) Ueber die Begriffe vgl. des Näheren Gareis, Enzyklopädie S. 56.

[3]) Ebenso Goldmann § 195 Anm. 29 gegen Makower § 195, IVe, 1.

c) Eine falsche Angabe in Ansehung der Einzahlung liegt auch vor, wenn zwar die Gesamtsumme der Einzahlungen der Gesamtsumme der als eingezahlt angemeldeten Beträge gleichkommt, aber nicht auf jede einzelne Aktie die behauptete Einzahlung, sondern auf die eine Aktie mehr, auf die andere weniger als angegeben geleistet ist. Das Gesetz will nicht nur, dass das Mindestkapital als solches vorhanden ist, sondern auch, dass genügende Gewähr für die spätere Einzahlung des ausstehenden Restes des Kapitals besteht. Diese Gewähr besteht bei Einzahlung von mindestens 25% durch jeden Einzelnen; denn dann lässt sich auch auf seine fernere Zahlungsfähigkeit rechnen (RGStr. 26, 67 f.; 33, 254).

2. Die falsche Angabe muss „zum Zwecke der Eintragung ins Handelsregister“ gemacht, d. h. bestimmt sein, die Eintragung herbeizuführen. Hierher gehören nach der Begr. S. 120 alle „in den Statuten und den Anmeldungsschriftstücken, sowie den prüfenden Gesellschaftsorganen und der konstituierenden Versammlung . . . . gemachten Angaben“. Mit der Begründung sind das Reichsgericht und eine Anzahl von Schriftstellern[1]) der Ansicht, dass jede offizielle Angabe, die auch nur mittelbar die Entstehung der AG. bezwecke, unter § 202 falle.

Dagegen meinen andere,[2]) nur die unmittelbar behufs Eintragung gemachten Angaben fielen unter § 202, also nur die in der Anmeldung oder ihren Beilagen — z. B. im Aktionärsverzeichnis (§ 195 Abs. 2

---

[1]) So RGStr. 18, 112 und RG. 26, 41; Makower § 202, IIa, 1; Goldmann § 202 Anm. 7; Ritter § 202 Anm. 1; Schmidt S. 12; Kayser Art. 213a Anm. 6; von Völderndorff Art. 180 Anm. c.

[2]) Vgl. Staub § 202 Anm. 6; Ring § 202 Anm. 2; Pinner § 202, III, 1c; Behrend S. 760; Petersen-Pechmann Art. 180 Anm. 1a.

Nr. 3) oder im Prüfungsbericht (§ 195 Abs. 2 Nr. 5), auch in einer überflüssigen Beilage (Ring § 202 Anm. 2) — enthaltenen.

Für den Fall falscher Angaben über die Einzahlungen dürfte der obige Theorienstreit praktisch bedeutungslos sein.

Etwaige Angaben in den Statuten sind auch Angaben einer Anmeldungsbeilage (§ 195 Abs. 2 Nr. 1).

Machen die Gründer in der konstituierenden Generalversammlung Angaben über die Einzahlungen, so müssen diese Angaben, um Glauben zu finden, mit denen übereinstimmen, die auch Vorstand und Aufsichtsrat nach der Vorschrift des § 196 Abs. 3 betreffs der Einzahlungen abgeben. Die Angaben, welche Vorstand und Aufsichtsrat machen, beruhen auf dem Prüfungsbericht (§ 193 Abs. 2); dieser wiederum ist Anmeldungsbeilage (§ 195 Abs. 2 Nr. 5). Mithin stimmen auch die Angaben der Gründer über die Einzahlungen mit den Angaben der Anmeldungsbeilage überein.

Auch die Angaben über die Einzahlungen, die bei der Prüfung nach §§ 192, 193 gemacht werden, stimmen regelmässig mit Angaben, die bei der Anmeldung erstattet werden, überein. Denn die Prüfenden sind auch die Anmeldenden, und zwar melden sie auf Grund ihres Prüfungsergebnisses an — Revisoren allerdings nur mittelbar durch Einreichung des Prüfungsberichts (§ 195 Abs. 2 Nr. 5, 193 Abs. 2). Prüfungsangaben und Anmeldungsangaben sind nur dann nicht identisch, wenn die Prüfenden die Unrichtigkeit der Prüfungsangaben bemerken und übereinstimmende, d. h. falsche Anmeldungsangaben unterlassen. In diesem Falle aber sind die Prüfungsangaben zur Zeit der Eintragung nicht mehr bestimmt, die Eintragung herbeizuführen; sie sind in diesem Zeitpunkte

gar keine zum Zwecke der Eintragung gemachten Angaben mehr, fallen daher nicht unter § 202 Abs. 1.

Angaben nicht offizieller Natur, z. B. um zum Aktienzeichnen zu bewegen (Kayser Art. 213a Anm. 6), fallen nach übereinstimmender Ansicht nicht unter § 202.

Nicht offizieller Natur sind auch Angaben über Einzahlungen in der zur Wahl des Aufsichtsrats berufenen Generalversammlung (§ 190 Abs. 2 HGB.); denn die Entgegennahme derartiger Angaben gehört nicht in den durch § 190 Abs. 2, 3 begrenzten Geschäftskreis jener Generalversammlung.

3. Bestritten ist sodann, ob sich die Haftung der Gründer auf alle über die Einzahlung gemachten, oder nur auf die notwendigen Angaben bezieht. Der von manchen Schriftstellern[1]) vertretenen ersten Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die Gründer sollen dafür einstehen, dass die AG. ihrer Existenzbedingungen nicht ermangelt (vgl. Begr. S. 120). Welches diese sind, ist gesetzlich festgelegt. Bezüglich der Einzahlung ist Existenzbedingung lediglich, dass der Vorstand den eingeforderten Aktienbetrag bar besitzt. Angaben der Gründer, die sich nicht mehr darauf beziehen, dass die Existenzbedingungen erfüllt sind, machen sie nicht verantwortlich, gleichviel, ob die Gründer die Angaben für notwendig zur Erreichung der Eintragung ins Register hielten oder nicht. Werden z. B. eingezahlte Beträge aus dem Gewahrsam des Vorstands gestohlen, so kann die AG. nicht von ihm Ersatz verlangen, weil nach seiner Angabe die Beträge

---

[1]) Vgl. Ring § 202 Anm. 2; Makower § 202, II a, 1; Goldmann § 202 Anm. 6; Ritter § 202 Anm. 1.

an einem anderen als dem wahren Verwahrungsorte aufbewahrt wurden.[1])

4. Die — bei mehreren gesamtschuldnerische — Haftung der Gründer wird, abgesehen von den §§ 205, 206, durch den vom Gründer zu erbringenden Gegenbeweis mangelnden Verschuldens (§ 202 Abs. 2) ausgeschlossen.

Der Gründer ist nicht einfach schadensersatzpflichtig, d. h. zur Herstellung des Zustandes verpflichtet, der bestehen würde, wenn die über die Einzahlung gemachten Angaben richtig wären. Dann könnte er z. B. einwenden, es sei an dem angeblichen Verwahrungsorte eingebrochen worden und das Geld wäre, wenn es sich dort befunden hätte, jedenfalls gestohlen worden; er habe mithin keinen Ersatz zu leisten. Um derartige „Schwierigkeiten der Schadensberechnung abzuschneiden“ (Begr. S. 121), ist der Gründer ohne weiteres zur Leistung der fehlenden Einzahlungen verpflichtet (§ 202 Abs. 1).

Die AG. kann sich an den Gründer halten und den ihr nach § 211 HGB. auf den nicht eingezahlten Aktienbetrag verpflichteten Aktionär unbehelligt lassen. Mit der Leistung des Gründers erlischt die Schuld des Aktionärs (§§ 362, 267 BGB.).

§ 17.

b) Haftung der Emittenten.

Ein mit dem Deckungsmittel des § 202 HGB. konkurrierendes besonderes Deckungsmittel zur Erlangung gesetzwidriger Weise fehlender Aktienbeträge

---

[1]) Ebenso Staub § 202 Anm. 6; Pinner § 202, III, 1; Behrend § 110 Anm. 8; Rudorff S. 157.

gewährt § 203 HGB.: Wer vor der Eintragung der AG. in das Register oder in den ersten 2 Jahren nach der Eintragung eine öffentliche Ankündigung der Aktien erlässt, um sie in den Verkehr einzuführen, ist der Gesellschaft, falls die Gründer gegen § 202 verstossen, bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Verstosses mit den Gründern als Gesamtschuldner verpflichtet.

Der Wortlaut des § 203 ist einer näheren Betrachtung zu unterziehen. [1])

1) „Oeffentliche Ankündigung" ist eine solche, die sich an einen „nicht begrenzten Kreis von Personen" richtet (RG. 39, 248; ähnlich RGStr. 1, 358), insbesondere durch Zeitungsinserat oder Plakat. Die Ankündigung durch Zirkular ist keine öffentliche; denn sie geschieht nur den Adressaten, also einem vielleicht grossen, aber doch stets fest begrenzten Personenkreis gegenüber.

2) Ein „Erlassen" liegt nur vor, wenn der Emittent erkennbar, wenn auch nicht ausdrücklich als solcher genannt, hervorgeht. Es genügt daher ein Inserat auch ohne Unterzeichnung; auch ein Artikel im redaktionellen Teile der Zeitung genügt, wenn er ersichtlich auf Betreiben des Emittenten eingesetzt ist.

3) Die „Einführung in den Verkehr" geschieht durch das „Bringen auf den Markt, das Zuführen des Papiers an einen grösseren Kreis von Erwerbern" (ROHG. 20,255).

---

[1]) Vgl. die in Einzelheiten untereinander abweichenden Ausführungen von Staub § 203 Anm 1—4; Makower § 203, I; Goldmann § 203 Anm. 1—15; Ritter § 203 Anm. 1; Ring § 203 Anm. 1—4; Behrend § 111; Schmidt S. 48ff; Heim S. 56ff.

Behufs Einführung in den Verkehr erfolgt eine öffentliche Ankündigung in zwei Hauptformen:

a) Emission im engeren Sinne, d. h. „öffentliche Aufforderung zur Zeichnung oder zum Erwerb der Aktien“ (Begr. S. 127).

b) Oeffentliche Ankündigung des Unternehmens und der Aktien, „um den letzteren den Zugang zu der Börse und die Aufnahme in den offiziellen Kurszettel zu verschaffen“ (Begr. a. a. O.).[1])

In den beiden Fällen tritt Haftung gemäss § 203 ein. Nicht gehaftet wird bei allen Verkaufsanzeigen von Aktien, bei denen die Absicht der Einführung in den Verkehr fehlt. So vor allem, wenn sich die Aktien bereits im Verkehr befinden; insbesondere kann eine Ankündigung von Aktien, die bereits an der Börse gehandelt werden, nicht nach § 203 haftbar machen. Aber auch vor Einführung in den Verkehr ist Verkauf von Aktien möglich, der keine Zuführung zum Markte bezweckt. Wenn etwa vom Gerichtsvollzieher Aktien eines verstorbenen oder zahlungsunfähig gewordenen Gründers zwecks Verwertung des Erlöses für die Masse ausgeboten werden (Begr. S. 127), so fällt die Ankündigung nicht unter § 203.

4. Auch eine Ankündigung neuer Aktien kann den Emittenten haftbar machen. Ist z. B. bei der Anmeldung das Grundkapital wahrheitswidrig als voll eingezahlt angegeben, erhöht die AG. darauf ihr Grundkapital, indem die nach § 280 Abs. 2 HGB. nötige Versicherung der erfolgten Vollzahlung wiederum falsch erstattet wird und kündigt der bösgläubige Emittent die neuen Aktien an, so ist er gleichfalls

---

[1]) Vgl. Börsengesetz §§ 38 ff.

zum Ersatz der am ursprünglichen Grundkapital fehlenden Beträge verpflichtet.

5. Die Zeichnungsstelle, bei der das Publikum gemäss der Aufforderung des Emissionshauses Aktien zeichnen kann, ist im Zweifel nicht selbst Emittentin, sondern nur Werkzeug bezw. Bevollmächtigte des Emittenten. Doch können besondere Umstände, zumal Geschäftsniederlassung des Emittenten im Ausland, ein anderes Verhältnis ergeben (ROHG. 20, 251 und die dort angeführten Entscheidungen).

6. Ankündigungen, die später als 2 Jahre nach Entstehung der AG. ergehen, machen den Emittenten dieser nicht mehr haftbar. Denn es „ist anzunehmen, dass der Wert des Unternehmens schon so bekannt oder erkennbar geworden ist, dass es in solchem Falle eines besonderen Schutzes des Publikums nicht bedarf". (Begr. S. 128).

7. Da beim Emittenten, im Gegensatz zu den Gründern, die Kenntnis der Gründungshergänge nicht zu vermuten ist, hat die AG. ihm sein Verschulden nachzuweisen.

Er haftet mit den Gründern — soweit solche überhaupt haften (vgl. § 202 Abs. 2) — als Gesamtschuldner, d. h. er ist zur Bewirkung der gleichen Leistung verpflichtet (§ 421 BGB), muss mithin nicht einfach Schadensersatz, sondern die fehlenden Einzahlungen ohne weiteres leisten (§ 202 Abs. 1).

§§ 205, 206 finden Anwendung.

8. Bei Ankündigung vor Eintragung der AG. kann der Emittent bereits wissen, dass falsche Angaben über die Einzahlungen zum mittelbaren Zwecke der Eintragung, wie nach § 193, gemacht sind. Bezüglich falscher Angaben dagegen, die die Eintragung unmittelbar bezwecken, also nach § 195, kann der

Emittent nicht wissen, dass sie gemacht sind, sondern nur, dass sie gemacht werden würden. Der Wortlaut des § 203 ist für letzteren Fall nicht ganz präzise gewählt, aber doch ohne Zwang anwendbar.

Ob § 203 dem für die besonderen Deckungsmittel massgebenden Grundsatz, nämlich dass jeder, der beim Entstehenlassen der unsoliden Gründung mitwirkt, haftbar sein soll, entspricht, könnte zweifelhaft sein.

Die Aufforderung zum Zeichnen von Aktien bezweckt allerdings das Entstehenlassen einer innerlich kranken Gesellschaft. Das Gesetz lässt hier die Haftung nicht erst für den Erfolg, sondern schon für den in der Aufforderung enthaltenen deliktischen Willen eintreten, indem es den ursächlichen Zusammenhang zwischen Aufforderung und Entstehung der Gesellschaft unwiderleglich vermutet.

In den übrigen Hauptfällen der Emission (vgl. oben 3), also bei Aufforderung zum Erwerbe von Aktien und bei Ankündigung zwecks Zulassung zum Börsenhandel, kann die Ankündigung zur Entstehung im eigentlichen Sinne nicht mehr beitragen. Vom formalen Standpunkte aus wäre zwar eine Haftung des Emittenten den zum Eintritt in die unsolide AG. verleiteten Aktionären — wie sie §§ 45 ff. Börs.Ges. festsetzen — nicht aber der AG. selbst gegenüber denkbar. Der Gesetzgeber hat sich indessen mit Recht auf den wirtschaftlichen Standpunkt gestellt:

Die AG. im juristischen Sinn ist allerdings schon dadurch entstanden, dass die Gründer allein oder mit andern Zeichnern sämtliche Aktien übernehmen. In der Praxis finanziert gewöhnlich eine Bank das Unternehmen durch Uebernahme des grössten Teils der Aktien. Natürlich geschieht die Uebernahme nur zwecks gewinnbringenden Verkaufes; durch die Ankündigungen

wird das kauflustige Publikum auf die Aktien aufmerksam gemacht. Die mit dem Verkauf erfolgende Ueberleitung der Aktien ins Publikum begründet erst die AG. im wirtschaftlichen Sinn. An Stelle des Grossaktionärs sind die vielen Aktienkäufer getreten. Ihre Gesamtheit ist der AG. selbst identisch; ihnen, den durch die Ankündigung verleiteten Aktionären, haftet der Emittent daher, wenn er der AG. haftet. (Vgl. die Ausführungen in Begr. S. 127.)[1])

§ 18.

c) Haftung des Vorstands und des Aufsichtsrats.

Bei dem Entstehenlassen der innerlich kranken AG. wirken ferner Vorstand und Aufsichtsrat mit, indem sie einmal den Gründungshergang und dabei die Richtigkeit von Gründerangaben über die geleisteten Einzahlungen (§§ 192, 193) — Einzahlung immer im Sinne von „Einzahlung und Besitz des Vorstands“ genommen (vgl. § 16, 1) — prüfen, sodann durch Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung, dabei durch Erklärung über die Einzahlungen (§ 195 Abs. 3) und Uebergabe des Prüfungsberichts (§ 195 Abs. 2 Nr. 5).

Die Haftpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat ist verschieden, je nachdem sie einem Verschulden bei der Prüfung oder bei der Anmeldung entspringt. Schuldhaftes Handeln bei der Prüfung bedingt keineswegs auch solches bei der Anmeldung, ebensowenig umgekehrt. Die Fälle, die sich hiernach ergeben, lassen sich kurz in folgendes Schema zusammenfassen:

---

[1]) Vgl. auch Heim S. 53 ff.

Schuldlose Prüfung — schuldhafte Anmeldung (1); schuldhafte Prüfung — schuldlose Anmeldung (2); schuldhafte Prüfung — schuldhafte Anmeldung (3).

1. Schuldlose Prüfung liegt vor, wenn die Unrichtigkeit der Angaben der Gründer über die Einzahlungen trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht zu erkennen war, oder wenn die Gründer überhaupt keine Angaben über die Einzahlungen machten, z. B. weil diese erst, wie zulässig, in dem Zeitraum zwischen Prüfung und Anmeldung geleistet werden sollten.

In diesem letzteren Falle haben sich Vorstand und Aufsichtsrat vor der Anmeldung jedenfalls noch zu vergewissern, ob die Einzahlungen in dem Maasse, wie sie es in der Anmeldungserklärung (§ 195 Abs. 3) behaupten, nach der Prüfung geleistet seien. Sonst liegt schuldhafte Anmeldung vor.

Auch bei schuldloser Prüfung von bereits nach § 193 erstatteten Angaben über die Einzahlungen liegt schuldhafte Anmeldung dann vor, wenn Vorstand und Aufsichtsrat nachträglich Kenntnis von der Unrichtigkeit jener Angaben erlangen oder erlangen müssten.

Vorstand und Aufsichtsrat sind wegen Verletzung des Rechts der AG. auf Besitz der laut Angabe (§ 195 Abs. 3) vorhandenen Aktienbeträge oder — was im Wesen dasselbe ist — wegen Verletzung der Schutzvorschrift des § 195 Abs. 3 nach § 823 Abs. 1 oder 2 BGB. schadensersatzpflichtig. Sie haben den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn ihre Anmeldungserklärung ordnungsmässig gewesen wäre, d. h. wenn die angegebenen Beträge wirklich vorhanden gewesen wären (§ 249 BGB.); sie haben also regelmässig die fehlenden Aktienbeträge zu leisten (vgl. § 16, 4).

2. Kennt einer der Prüfenden die Unrichtigkeit der bei der Prüfung gemachten Angaben, so handelt er auch bei der Anmeldung vorsätzlich. Bei vorsätzlicher Verletzung der Prüfungspflicht ist also der Schemafall: schuldhafte Prüfung — schuldlose Anmeldung undenkbar. Dieser Fall ist nur möglich bei fahrlässiger Prüfung. Vorstand und Aufsichtsrat geben die Anmeldungserklärung über die Einzahlungen auf Grund ihres Prüfungsergebnisses ab; ist ihr — fahrlässigerweise erlangtes — Ergebnis das, die angegebenen Zahlungen seien geleistet, und melden sie dementsprechend an, so begehen sie mit der Anmeldung keine neue Fahrlässigkeit. Sie sind nach § 204 HGB. ergänzend nach den Gründern und Emittenten schadensersatzpflichtig. Herzustellen ist der Zustand, der bestehen würde, wenn die bei der Anmeldung abgegebene Erklärung über die Einzahlungen auf Grund ordnungsmässiger Prüfung erstattet worden wäre, wenn also die in der Anmeldung als eingezahlt angegebenen Beträge wirklich eingezahlt gewesen wären (§ 249 BGB.); Vorstand und Aufsichtsrat haben daher regelmässig (vgl. § 16, 4) die fehlenden Aktienbeträge zu leisten.

Da § 204 eine absolute Verpflichtung zur Leistung fehlender Einzahlungen, wie im § 202 Abs. 1, nicht bestimmt, ist nur die einfache Schadensersatzpflicht anzunehmen (vgl. § 16, 4). Im übrigen gilt bezüglich des § 204 das schon oben im § 12 Gesagte.

3. Handeln Vorstand und Aufsichtsrat bei der Prüfung fahrlässig, so liegt in der dem Prüfungsergebnis entsprechenden Anmeldung, wie ausgeführt, an sich kein neues Verschulden. Anders ist es, wenn jene nach der Prüfung erfahren oder erfahren müssten, dass ihr Prüfungsergebnis falsch war. Hier liegt dem-

nach schuldhafte Prüfung — selbständig schuldhafte Anmeldung vor. Nicht Haftung nach § 204, sondern die strengere, weil primäre, Haftung nach § 823 BGB. tritt ein. Dasselbe gilt dann, wenn eine vorsätzliche Verletzung der Prüfungspflicht vorliegt.

Soweit schuldhafte Anmeldung bei Vorstand und Aufsichtsrat Schuldgrund ist (Fälle 1, 3), haften sie mit den Gründern — und Emittenten, da diese mit Gründern gesamtschuldnerisch haften (§ 203) — wegen der Gleichheit des Schuldgrundes als Gesamtschuldner. Auszunehmen sind die Fälle, in denen bei Gründern und Emittenten Ersatzpflicht über blossen Schadensersatz hinaus eintritt (vgl. § 16, 4).

§ 19.

d) Haftung der Revisoren.

Aehnlich wie Vorstand und Aufsichtsrat sind die nach § 192 bestellten Revisoren am Entstehenlassen der AG. beteiligt. Sie haften der AG. bei schuldhaft mangelhafter Prüfung der über die Einzahlung gemachten Gründerangaben wegen Verletzung der Schutzvorschrift des § 192 Abs. 2 HGB. nach § 823 Abs. 2 BGB. auf Ersatz der fehlenden Aktienbeträge. Das Nähere betr. die Haftung der Revisoren ist oben zu § 13 gesagt.

Soweit schuldhafte Prüfung auch Schuldgrund bei Vorstand und Aufsichtsrat ist (vgl. § 18, 2 u. 3), müssten diese eigentlich als Gesamtschuldner mit den Revisoren haften. Tatsächlich trifft dies für den Fall nicht zu, dass Vorstand und Aufsichtsrat fahrlässig prüfen, ohne bei der Anmeldung schuldhaft zu handeln (vgl. § 18, 2). Denn hier ordnet § 204 ausdrücklich nur

ergänzende Haftung an; die Revisoren dagegen haften primär.

Sind Vorstand und Aufsichtsrat schadensersatzpflichtig, ohne bei der Prüfung schuldhaft gehandelt zu haben (vgl. § 18, 1), so besteht zwischen ihnen und den Revisoren wegen der Verschiedenheit des Schuldgrundes ein „unechtes Solidaritätsverhältnis".

§ 20.

e) Haftung des Registerrichters.

Der Registerrichter, der trotz Kenntnis von dem Fehlen der behaupteten Einzahlungen die Eintragung vornimmt, ist der AG. jedenfalls aus § 826 BGB. schadensersatzpflichtig. Bestritten ist, ob und inwieweit eine Amtspflicht zur Prüfung der Angaben über die Einzahlungen besteht.

Von manchen wird nur ein Recht auf formelle Prüfung angenommen.[1]) Dieser Standpunkt, wonach der Richter trotz innerer Bedenken gegen die Wahrheit der vorgebrachten Angaben und in Voraussicht der möglichen schädlichen Folgen am Schaffen unsolider Gründungen mitzuwirken gezwungen wäre, ist abzulehnen. Wenn „sich besondere Zweifel und Anstände ergeben" (Denkschrift S. 25), ist der Registerrichter zur Prüfung nicht nur berechtigt (KGJ. 39 S. A. 124), sondern auch verpflichtet.[2])

Bei schuldhafter Verletzung seiner Amtspflicht haftet er gemäss § 839 BGB. auf Ersatz der fehlenden

---

[1]) Vgl. Begr. S. 115, 116; Pinner § 195, V, 2; Cosack S. 718; Ring § 195 Anm. 2; Goldmann § 198 Anm. 5; Ritter § 195 Anm. 1. Ebenso früher die Rechtspr. des Kammergerichts (KGJ. 4, 35; 8, 15).

[2]) Ebenso Staub § 198 Anm. 11; Makower § 195, Ig, 1.

Aktienbeträge. Die obigen Ausführungen zu § 15 gelten hier entsprechend.

— — — — — — — — — — — — — — — —
— — — — — — — — — — — — — — — —

Die praktische Bedeutung der besonderen Deckungsmittel für den Fall des gesetzwidrigen Fehlens von Aktienbeträgen dürfte nicht sehr gross sein, da das Eintreten dieses Falles durch die strengen Gesetzesvorschriften sehr erschwert ist. Eine Verletzung von § 195 Abs. 3 erfordert, dass Gründer sowie Vorstand und Aufsichtsrat — diese im Einverständnis mit den Gründern oder von ihnen getäuscht — falsche Angaben bei der Anmeldung machen; falls auch nur ein Gründer Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied ist, also Revisoren zuzuziehen sind (§ 192 Abs. 2), müssen auch diese unredlich oder getäuscht sein, um die Entstehung der AG. zu ermöglichen.

IV. Deckungsmittel auf Grund ordnungswidriger Geschäftsführung.

§ 21.

1. Haftung des Vorstands.

Allgemeines. Die Erlangung der fehlenden Aktienbeträge ist Aufgabe der zur Vertretung befugten (vgl. unten § 27) Geschäftsführungsorgane der AG. Andere geschäftsführende Organe haben entweder die Tätigkeit, die die vertretungsbefugten Organe zwecks Erlangung der Aktienbeträge entfalten, zu überwachen (z. B. der Aufsichtsrat) oder nur diejenigen, die ihrerseits überwachen, wiederum zu kontrollieren (z. B. Revisoren).

Von ihnen allen kann die AG. die Ergreifung derjenigen Massnahmen verlangen, die einer ordent-

lichen Geschäftsführung entsprechen. Die Unterlassung jener Massnahmen erzeugt einen Schadensersatzanspruch seitens der AG.; auf diese Weise sind ihr weitere Deckungsmittel gewährt. Im folgenden (§§ 21—23) sind diese Deckungsmittel auf Grund ordnungswidriger Geschäftsführung näher zu behandeln.

Schadensersatzpflicht des Vorstands.

1. Sie tritt ein, wenn jener bei seiner Geschäftsführung nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwendet (§ 241 Abs. 1 HGB.), mithin die Erlangung der ausstehenden Aktienbeträge in einer Weise betreibt oder auch nicht betreibt, wie es ein ordentlicher Geschäftsmann nicht tun würde. Er haftet also insbesondere wegen nicht gehöriger Verfolgung der Ansprüche aus §§ 211, 219, 220, 202 ff., der im folgenden behandelten Ansprüche aus ordnungswidriger Geschäftsführung usw. Im einzelnen wird die mangelnde Sorgfalt stets Tatfrage sein.

In Kollisionsfällen, z. B. wenn der Anspruch aus § 211 sich gegen die Vorstandsmitglieder richtet, ist der Vorstand zwar nicht zur Verfolgung selbst verpflichtet, die ihm ja gar nicht möglich wäre, wohl aber zur Anzeige vom Vorliegen eines derartigen Verhältnisses, um der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrat die Ergreifung der nötigen Massnahmen zu ermöglichen.

Die Beweislast unterliegt der allgemeinen Regel, wonach dem, dessen vertragliches Verschulden behauptet wird, der Exkulpationsbeweis obliegt. Danach trifft den Vorstand die Beweislast.[1]) Dagegen wollen Küntzel

[1]) So auch RG. 13, 46; 20, 269; 35, 86; Dernburg II, 1 § 70, 2; Staub § 241 Anm. 2; Goldmann § 241 Anm. 6; Pinner § 241, II, 5;

(S. 56 ff.) und Hagen (bei Gruchot 42, 358 ff.) die Beweislast der AG. auferlegt wissen. Dies widerspricht „einer verständigen Berücksichtigung der durchschnittlichen Gestaltung der Verhältnisse; da in der Regel nur der — Vorstand — eigene Kenntnis von den betreffenden Vorgängen besitzt, ihm auch die Nachweisungen leichter zu Gebote zu stehen pflegen". (So bezügl. des Beauftragten RG. 20, 269).

2. Der Vorstand hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt hätte (§ 249 BGB.). Wäre z. B. alsdann ein nach § 211 HGB. geschuldeter Aktienbetrag bereits erlangt worden, so hat der aus § 241 belangte Vorstand jenen Betrag der AG. zu ersetzen, auch wenn der betreffende Anspruch aus § 211 noch besteht. Wenn dagegen ein geschuldeter Aktienbetrag auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht oder noch nicht hätte erlangt werden können, so besteht keine Haftpflicht des Vorstands.

Einfache Schadensersatzpflicht tritt auch nur im Falle § 241 Abs. 3 Nr. 4 HGB., also im Falle der Ausgabe nicht vollbezahlter Inhaberaktien ein.

Von manchen[1]) wird dagegen behauptet, nach § 241 Abs. 3 sei Ersatz ohne Rücksicht auf eingetretenen Schaden zu leisten. Diese Auffassung entspricht wohl dem Wortlaut des den Aufsichtsrat betreffenden Art. 226 Nov. 1884 und ist demgemäss in der Begr. S. 148 dargelegt. Sie entspricht dagegen nicht dem ab-

---

Behrend S. 851. Eine sehr ausführliche Begründung bezüglich des Aufsichtsrats enthält ferner Begr. S. 147, 148.

[1]) Vgl. von Völderndorff Art. 226, A, V; Goldmann § 241 Anm. 10; Hagen bei Gruchot 42, 346 ff.; RG. 22, 137; RG. in JW. 04, 43.

weichenden Wortlaut von Art. 241 Abs. 3, noch dem inhaltlich übereinstimmenden des § 241 Abs. 3.

Dass § 241 Abs. 3 nur besonders wichtige Fälle der Schadensersatzpflicht hervorheben will, geht aus dem überleitenden „Insbesondere" hervor (ebenso KB. 1897 S. 80). Ferner können Obliegenheitsverletzungen des Vorstands, die nicht unter § 241 Abs. 3 fallen, die AG. viel schwerer schädigen als diese letzteren. Dass bei jenen nur einfache Schadensersatzpflicht, hier aber Ersatzpflicht ohne Rücksicht auf Schaden eintreten soll, ist eine willkürliche, darum zu verwerfende Scheidung. Eine Ersatzpflicht über blossen Schadensersatz hinaus hätte im Gesetz so ausdrücklich ausgesprochen werden müssen, wie es in § 202 Abs. 1 HGB. geschehen ist.[1])

Während der Beweis des eingetretenen Schadens regelmässig der AG. als Bestandteil ihrer Anspruchsbegründung obliegt, ist dem Wortlaut von § 241 Abs. 3 eine Vermutung für das Vorliegen des Schadens zu entnehmen. Daher hat der Vorstand zu beweisen, dass kein Schade eingetreten sei.[2])

Die Schadensersatzpflicht bedeutet, dass der Zustand herzustellen ist, der bestände, wenn keine Inhaberaktien vor Vollzahlung ausgegeben wären. Der Zustand wäre der, dass nicht vollbezahlte Namensaktien ausgegeben wären, ein Teil der Aktienbeträge mithin noch einzufordern wäre — der gleiche Zustand also, der auch in Wirklichkeit besteht. Die fehlenden Beträge sind von dem Haftpflichtigen daher erst zu zahlen,

---

[1]) „Ersatz" im Sinne von „Schadensersatz" schlechthin nehmen ebenso an Staub § 241 Anm. 9; Pinner § 241, III; Ring § 241 Anm. 5 (dazu vgl. Küntzel S. 62 Anm. 214); Petersen-Pechmann S. 801; Küntzel S. 61 f.; schwankend Makower § 241, III b.

[2]) Ebenso Staub a. a. O.; Ring a. a. O.

wenn sie von den allein haftenden Ersterwerbern der Aktien (vgl. oben § 9) nicht zu erlangen sind.

3. Der Schadensersatzanspruch kann sich gegen alle oder nur einzelne Vorstandsmitglieder richten; letzteres insbesondere, wenn die ordnungswidrige Geschäftsführung infolge Teilung der Funktionen (§ 232 HGB.) nur einem Teil des Vorstandes zur Last fällt. Auch bei Geschäftsführung durch den Gesamtvorstand ist Verursachung des Schadens durch einzelne möglich, wenn sie etwa durch Ueberstimmung die anderen Vorstandsmitglieder zu ordnungswidriger Geschäftsführung nötigten. Nur ist dann unter Umständen ein Verschulden auch dieser anderen in der Unterlassung der Benachrichtigung des Aufsichtsrats zu erblicken.

4. Durch verschiedene Einreden kann die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs ausgeschlossen werden; hervorzuheben sind:

a) Die Einrede der Verjährung; die Verjährungsfrist beträgt 5 Jahre (§ 241 Abs. 5 HGB.). Im übrigen gelten für die Verjährung §§ 194 ff. BGB.; die Verjährung beginnt also mit der Entstehung des Schadensersatzanspruchs (§ 198 BGB.). § 852 BGB. kommt nicht zur Anwendung, weil er ausservertragliches Verschulden voraussetzt, während das Verschulden des Vorstands aus der Geschäftsführung ein vertragliches ist. [1])

b) Die Einrede, der Vorstand habe gemäss einem Beschlusse der Generalversammlung gehandelt, sofern nicht die AG. nachweist, die Generalversammlung habe sich vom Vorstand täuschen oder schuldhaft beeinflussen lassen (vgl. JW. 04, 44): ein solcher Ein-

---

[1]) Ebenso Ring § 241 Anm. 11; Staub § 241 Anm. 19; Makower § 241, V.

wand wäre als replicatio doli der AG. auf die exceptio doli des Vorstands aufzufassen.

Es wäre dolos, wenn die AG. ein von der Generalversammlung, also dem „obersten Willensorgan“ (RG. 46, 64) angewiesenes untergebenes Organ wegen der Befolgung eben dieser Anweisung verfolgen möchte.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die Fassung des § 241 Abs. 4. Darnach kann der Vorstand sich auf einen Generalversammlungsbeschluss den Gläubigern der AG. gegenüber nicht berufen; als argumentum e contrario folgt: wohl aber gegenüber der AG. selbst.[1])

Aus der unbedingten Abhängigkeit des Vorstands von der Generalversammlung folgt, dass er auch durch einen gesetz- oder statutwidrigen — also anfechtbaren (§ 271 HGB.) — mit Ueberlegung gefassten Beschluss gedeckt ist. Beschliesst die Generalversammlung z. B., statt der kaduzierten Aktien keine neuen auszugeben (§ 219 Abs. 4), so kann die AG. nicht daraufhin den Vorstand belangen. Eine Verpflichtung des Vorstands gegenüber der AG., einen als anfechtbar erkannten Generalversammlungsbeschluss nicht auszuführen, oder gar selbst denselben anzufechten, kann gegen Staub (§ 241 Anm. 4) nicht anerkannt werden. Die Verpflichtung des Vorstands, seine Bedenken gegen die Zulässigkeit des Generalversammlungsbeschlusses nicht zu verschweigen, wird hierdurch nicht berührt.[2])

---

[1]) Ebenso Ring § 241 Anm. 6; Makower § 241, II b; Staub § 241 Anm. 4; Goldmann § 241 Anm. 11; Ritter § 241 Anm. 1; Behrend § 126 Anm. 21; Küntzel S. 58ff.; Pinner § 241, II, 6; RG. 46, 64. A. M. Hagen bei Gruchot 42 S. 361.

[2]) Ebenso Begr. S. 150; Pinner § 241, II, 6; Küntzel S. 60; Rudorff § 241; Esser § 273 Anm. 3; auch RG. 46, 64 ohne Einschränkung (anders früher 7, 108). Wie Staub a. a. O. Makower

Handeln gemäss Anweisung durch den Aufsichtsrat befreit den Vorstand nur, wenn er statutarisch verpflichtet ist, dessen Anweisungen zu folgen (RG. in JW. 00, 186). Wenn die Anweisung offensichtlich dem Gesetz oder Statut oder überhaupt den Interessen der AG. zuwiderläuft, ist der Vorstand auch dann mangels eines unbedingten Abhängigkeitsverhältnisses nicht gedeckt; die ordentliche Geschäftsführung erfordert vielmehr die Einberufung einer Generalversammlung (§ 253 Abs. 2 HGB.).[1])

c) Die Einrede, die Haftung gemäss § 241 Abs. 1 sei durch Statut, Generalversammlungsbeschluss oder Vertrag im Rahmen des § 276 Abs. 2 BGB. herabgemindert. Die herrschende Meinung[2]) erklärt einen solchen Ausschluss der Haftung für Fahrlässigkeit für ungültig, weil § 241 Abs. 1 zwingendes Recht sei.

Dem lässt sich einmal das obige Argumentum e contrario entgegenhalten, wonach laut § 241 Abs. 4 ein Verzicht auf Sorgfalt zwar den Gläubigern, nicht aber der AG. gegenüber ungültig ist.

Sodann ist nicht einzusehen, warum für den Umfang der Haftpflicht des AG.-Vorstandes andere Regeln gelten sollen als für den Umfang der Haftpflicht des Vorstands des Vereins nach BGB. Bei diesem aber ist mangels entgegenstehender Bestimmung die Einschränkung der Haftpflicht auf Vorsatz zulässig.

---

§ 241, II b; Ring § 241 Anm. 6; Ritter § 241 Anm. 1; Goldmann § 241 Anm. 11; auch RG. 7, 108.

[1]) Ebenso Staub § 241 Anm. 5.

[2]) Vgl. KB. 1884 S. 23; RG. 46, 62 für den gleichlautenden § 32 Gen.Ges.; Staub § 241 Anm. 1; Goldmann § 241 Anm. 4; Ring § 241 Anm. 2; Petersen-Pechmann S. 297; Küntzel S. 52; Esser § 249 Anm. 3; Kayser Art. 226 Anm. 7; Bauer § 241.

Schliesslich könnte § 241 Abs. 1, falls er zwingendes Recht wäre, mühelos durch häufige Entlastung (unten d) umgangen werden. Darnach ist anzunehmen, dass der Ausschluss der Haftung für Fahrlässigkeit rechtswirksam ist.[1])

d) Die Einrede der Entlastung, d. h. des von der Generalversammlung (§ 260) ausgesprochenen Verzichts der AG. auf weitere Ansprüche (Dernburg II § 40, 2).

Ob die AG. Ansprüche gegen den Vorstand hat, wird sich nur teilweise aus den Vorlagen ergeben, die der Vorstand zum Zwecke der Entlastung beibringt. Die Nichtverfolgung der Ansprüche aus § 211 HGB., ebenso die Ausgabe nicht vollbezahlter Inhaberaktien werden die Vorlagen ergeben, dagegen z. B. nicht die Nichtverfolgung von Ansprüchen aus §§ 202 ff.

Streitig ist nun, ob sich die Entlastung auch auf Ansprüche gegen den Vorstand erstreckt, die aus den Vorlagen nicht ersichtbar sind. Gegen das Reichsgericht[2]) sowie Goldmann (§ 260 Anm. 9) und Ritter (§ 260 Anm. 3) ist der weitere Standpunkt zu vertreten. Danach erstreckt sich die Entlastung auf die gesamte Geschäftsführung der Entlastungsperiode, auch soweit die AG. sich von ihrer Ordnungsmässigkeit zwar nicht überzeugt hat, aber hätte überzeugen können. Denn sie kann auf die Einrede der erteilten Entlastung nicht replizieren, dass sie die Entlastung unbedachtsam erteilt habe. Auf Pflichtwidrigkeiten, die auch bei sorgfältiger Kontrolle der Geschäftsführung nicht hätten aufgedeckt werden können, erstreckt sich

---

[1]) Ebenso Makower § 241, II b, 1; RG. 13, 46.

[2]) RG. 12, 77; 13, 51; 70, 134; JW. 04, 44. Unentschieden RG. 18, 33. Sonstige Entsch. angef. bei Ritter § 260 Anm. 3.

die Entlastung nicht. Ferner bleibt die Anwendbarkeit der §§ 116 ff. BGB. über Willensmängel unberührt.[1])

Die Entlastungseinrede kann für alle oder nur für einzelne Vorstandsmitglieder wirksam sein. Allerdings ist die Entlastung „keine Entschliessung darüber, ob anzuerkennen ist, dass gegen dieses oder jenes Organsmitglied kein Anspruch wegen einer Pflichtverletzung bestehe, sondern darum, ob die . . . . Wirksamkeit der beiden . . . . Rechenschaft ablegenden Organe der Gesellschaft für einwandsfrei erklärt werden soll oder nicht“ (RG. 55, 77).[2]) Regelmässig steht danach die Entlastungseinrede allen Vorstandsmitgliedern zu. Indessen erscheint es zulässig, dass sich die AG. bei der Entlastung die Ansprüche gegen einzelne Vorstandsmitglieder vorbehält (ROHG. 20, 222).

Die Beweislast dafür, dass das belangte Vorstandsmitglied von der Entlastung ausgenommsn sei, trifft die AG. als Replik auf die Entlastungseinrede.

5. Den Vorstandsmitgliedern stehen Stellvertreter von solchen (§ 242 HGB.) sowie Liquidatoren (§ 298 Abs. 2 HGB.) gleich.

§ 22.

2) Haftung des Aufsichtsrats.

1. Der Aufsichtsrat ist sowohl Ueberwachungs- wie Vertretungsorgan. In beiden Beziehungen kann er der AG. schadensersatzpflichtig werden:

a) Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung des Vorstands — und der sonstigen geschäftsführenden

---

[1]) Bezüglich §§ 116 ff. BGB. ohne Grund abweichend Pinner § 260, IX. Im vollen Umfange übereinstimmend Staub § 260 Anm. 14; Makower § 260, IV; Ring § 260 Anm. 5; Bauer S. 163 ff.

[2]) Ebenso Goldmann § 260 Anm. 7. A. M. Staub § 260 Anm. 10; Makower § 260, IV d; Ritter § 260 Anm. 3.

Personen — also auch die Erlangung der noch nicht eingezahlten Aktienbeträge zu überwachen (§ 246 Abs. 1 HGB.), und zwar mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 249 Abs. 1 HGB.). Gegen diese verstösst er, wenn er merkt oder fahrlässigerweise nicht merkt, dass der Vorstand schuldhaft handelt, und daraufhin nicht die geeigneten Schritte ergreift, etwa eine Generalversammlung einberuft (§ 246 Abs. 2) oder selbständig gegen den Vorstand klagt (§ 247 Abs. 2).

b) Die gerichtliche Vertretung der AG. gegen den Vorstand ist grundsätzlich Pflicht des Aufsichtsrats (§ 247 (HGB.). Verletzt er diese Pflicht schuldhaft durch Nichtführung oder nichtgehörige Führung des Rechtsstreits, so verstösst er ebenfalls gegen § 249.

Wann die erforderliche Sorgfalt ausser Acht gelassen ist, ist, wie beim Vorstand, im einzelnen Tatfrage. Man darf in dieser Beziehung keinen zu engen Massstab anlegen; es ist zu berücksichtigen, dass das Aufsichtsratsamt zu keiner ständigen Inanspruchnahme führen, eine Kontrolle der Einzelheiten des Betriebs also nicht gefordert werden darf.[1])

2. Ueber den Eintritt der Schadensersatzpflicht gilt das für den Vorstand Gesagte (vgl. § 21, 2).

Regelmässig werden Aufsichtsrat und Vorstand als Gesamtschuldner haften. (§ 249 Abs. 2.) Voraussetzung ist, dass „bei dem in Anspruch Genommenen, einerlei ob Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied, eine Verletzung seiner Obliegenheiten vorliege". (KB. 1897 S. 80.) Dass der Vorstand bei dem geringen Masse von Gründlichkeit in der Kontrolle, die im allgemeinen vom Aufsichtsrat zu verlangen ist, leicht

[1]) Vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Küntzel S. 40ff.

allein haften kann, ist klar. Umgekehrt ist alleinige Haftung des Aufsichtsrats z. B. dann möglich, wenn der Vorstand verpflichtet war, den Weisungen des Aufsichtsrats zu folgen (vgl. oben § 21, 4 b).

3. Nur einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats können haftbar werden; dies insbesondere bei seiner überwachenden Tätigkeit. Hier kann die Erledigung bestimmter Angelegenheiten einzelnen Mitgliedern überwiesen werden (§ 246 Abs. 1). Als Vertretungsorgan kann der Aufsichtsrat nur in seiner Gesamtheit handeln (vgl. unten § 27, 2).

4. Der Aufsichtsrat kann dem Schadensersatzanspruch mit den gleichen Einreden begegnen wie der Vorstand (vgl. oben § 21, 4).

§ 23.

3. Haftung sonstiger Funktionäre der AG.

1. Neben den gesetzlich notwendigen Organen Generalversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat kann die AG. noch andere Angestellte besitzen, wie Art. 235 Nov. 1884 unnötigerweise hervorhob. Auch von diesen sonstigen Angestellten kann das oben (vgl. § 21 a. A.) Gesagte gelten: dass sie entweder selbst die Erlangung nicht eingezahlter Aktienbeträge als zu ihrem Geschäftskreis gehörig zu betreiben oder dass sie nur eine diesbezügliche unmittelbare oder mittelbare Kontrolle auszuüben haben. Die Verletzung dieser Pflichten begründet Schadensersatzansprüche der AG. auf Leistung der fehlenden Aktienbeträge.

Die Anstellung jener Funktionäre erfolgt regelmässig als Akt der Geschäftsführung durch den Vorstand. Daher ist wohl zu unterscheiden, ob der Vorstand einen anderen zur Ausübung der betreffenden Funktionen

als seinen Vertreter anstellt, oder ob er ihn zum Angestellten der AG. unmittelbar macht.

In jenem Falle verbleibt die Geschäftsführung im Verhältnis zur AG. dem Vorstand; er haftet für das Verschulden seines Vertreters wie für eigenes (§ 278 BGB.).

Im zweiten Falle ist im Verhältnis zur AG. nicht der Vorstand, sondern nur der von diesem Angestellte der Geschäftsführungsbefugte. Der Vorstand haftet nur wegen mangelnder Sorgfalt in der Auswahl und Ueberwachung.[1])

Derartige, besonders häufige Angestellte sind z. B. Prokurist, „Generaldirektor", „Generalsekretär", Syndikus usw. Dem Aufsichtsrat kann das Recht, Angestellte der AG. zu bestellen, statutarisch gegeben werden; häufig findet sich — besonders bei Banken mit mehreren Kassen und Versicherungsgesellschaften — ein vom Aufsichtsrat zu ernennender Revisionsbeamter (Bauer § 249). Die Generalversammlung ernennt der AG. Funktionäre in Gestalt von Revisoren (§ 266) und von Prozessvertretern (§ 268).

Alle diese Angestellten haften der AG. aus dem Auftrags- oder Dienstvertragsverhältnis für jedes Verschulden (§ 276 BGB.). Bezüglich der Einreden, die sie unter Umständen dem Schadensersatzanspruch entgegensetzen können, gilt das für den Vorstand Gesagte entsprechend.

2. Keine Angestellten im eigentlichen Sinne sind die gerichtlich bestellten Funktionäre der AG. Hierher gehört vor allem der Konkursverwalter; er hat die Masse zu verwerten (§ 117 Abs. 1 KO.), also mit den

---

[1]) Ebenso RG. in JW. 11, 95.

vorhandenen Deckungsmitteln die Erlangung der nicht eingezahlten Aktienbeträge zu versuchen.

Eine ähnliche, nur bezüglich der Funktionen beschränkte Stellung nehmen die gemäss § 266 Abs. 2 gerichtlich ernannten Revisoren und die nach § 268 Abs. 2 gerichtlich bestellten Prozessvertreter ein.

Sie alle stehen zur AG. in keinem Vertragsverhältnis; das Gericht, das sie angestellt hat, handelt nicht etwa als gesetzlicher Vertreter der AG. Vielmehr sind sie in öffentlichem Interesse tätig. Sie sind, wenn auch keine Beamte (vgl. Jäger § 78 Anm. 1—5), so doch Amtsträger. [1])

Sie haften der AG. also wegen ausservertraglichen Verschuldens. Der Konkursverwalter haftet nach § 82 KO., die Revisoren und Prozessvertreter haften im gleichen Umfange nach § 823 Abs. 2 BGB. wegen Verletzung der Schutzvorschrift des § 266 HGB., welcher Prüfung, d. h. ordnungsmässige Prüfung anordnet, bezw. des § 268 HGB., der ordnungsmässige Führung des Rechtsstreits anbefiehlt. Die Beweislast für das Verschulden trifft — anders als bei den von der Generalversammlung bestellten Revisoren und Prozessvertretern — die AG.

§ 24.

V. Deckungsmittel bei Erhöhung des Grundkapitals.

Im Vorstehenden ist allein der Fall berücksichtigt worden, dass Aktienbeträge noch nicht eingezahlt sind, die auf das Gründungskapital geschuldet werden.

---

[1]) Ebenso Staub § 267 Anm. 6; Makower § 266, II b; Ritter § 266 Anm. 5; Pinner § 266, IV, 2. Dagegen nehmen Ring § 267 Anm. 13 und Goldmann § 267 Anm. 6 zu Unrecht Vertragsverhältnis zwischen AG. und Revisoren bzw. Prozessvertretern an.

Ein weiterer Fall ist der, dass Aktienbeträge zu erlangen sind, welche auf die infolge der Erhöhung des Grundkapitals (§§ 278 ff. HGB.) ausgegebenen neuen Aktien noch nicht eingezahlt sind.

Hier hat die AG. die gleichen Deckungsmittel wie im ersten Falle, soweit sich nicht aus der Verschiedenheit des Wesens der Grundkapitalserhöhung vom Wesen der Gründung etwas anderes ergibt.

1. Zunächst einmal bleiben Ansprüche gegen Gründer ausser Betracht, da das Gesetz bei der Kapitalserhöhung keine Gründer kennt. Mangels einer Gründungsprüfung kommen ferner die in § 192 Abs. 2 erwähnten Revisoren nicht in Frage. Schliesslich können auch Emittenten nicht zur Leistung der auf neue Aktien geschuldeten Beträge herangezogen werden; denn nach § 203 HGB. können sie wohl aus Anlass der Ankündigung neuer Aktien, aber immer nur zur Leistung der auf Gründungsaktien fehlenden Einzahlungen verpflichtet sein (vgl. oben § 17, 4).

2. Darnach verbleiben der AG. an Deckungsmitteln

a) die regelmässigen, sich aus §§ 211, 219, 220 ergebenden Deckungsmittel (vgl. oben §§ 2—10).

b) Die Annahme der Aktionäre zur Beteiligung bei der Ausgabe neuer Aktien geschieht, vorbehaltlich des Bezugsrechts der alten Aktionäre (§ 282 HGB.), nach freiem Ermessen des Vorstands als geschäftsführenden Organs. Die Annahme zahlungsunfähiger Aktionäre kann nach Lage der Dinge einen Verstoss gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes darstellen, den Vorstand also nach § 241 schadensersatzpflichtig machen. Mangelhafte Ueberwachung des Vorstands bei Annahme der Aktionäre kann

unter Umständen den Aufsichtsrat haftbar machen (§ 249).

c) Auch bei der Erhöhung des Grundkapitals muss, wie bei der Entstehung der Gesellschaft, mindestens $^1/_4$ des Nennbetrages plus Agio auf jede Aktie bar eingezahlt und im Besitz des Vorstands sein (§ 284 Abs. 3 HGB.). Die Verletzung dieser Vorschrift durch Vorstand und Aufsichtsrat bedeutet einen Akt ordnungswidriger Geschäftsführung. Die Genannten werden daher der Gesellschaft nach §§ 241, 249 HGB. schadensersatzpflichtig

aa) wenn sie die Anmeldungserklärung gemäss § 284 Abs. 3 wahrheitsgemäss dahin abgeben, dass den gesetzlichen Mindesterfordernissen bezüglich der Einzahlung nicht genügt sei, die Eintragung der Kapitalserhöhung aber trotzdem geschieht. Hier wird sich regelmässig auch der Richter aus § 839 BGB. haftbar machen (vgl. oben § 15);

bb) wenn Vorstand und Aufsichtsrat wahrheitswidrig die Einzahlung des gesetzlichen Mindestbetrages behaupten.

Der Richter, der die Vornahme einer materiellen Prüfung jener Angaben verabsäumt, kann sich nach Lage der Dinge haftbar machen (vgl. hierzu oben § 20).

d) Die schon oben behandelten Deckungsmittel auf Grund ordnungswidriger Geschäftsführung (vgl. §§ 21 bis 23) gelten unverändert.

§ 25.

B. Erlangung der Aktienbeträge nach Auflösung der AG.

Die AG. gilt auch nach ihrer Auflösung (§ 292 HGB.), also — von den Ausnahmefällen §§ 304, 306 abgesehen — während der Liquidation (§ 294 HGB.)

oder des Konkurses, insoweit als fortbestehend, als es zur ordnungsmässigen Abwickelung der Geschäfte nötig ist.[1])

Insbesondere kann der Anspruch aus § 211 HGB. noch geltend gemacht werden. Denn die Einlage hat nicht allein den Zweck, der AG. den Betrieb ihrer Geschäfte, sondern auch nach Einstellung der Geschäfte die glatte Abwickelung, also insbesondere die Gläubigerbefriedigung zu ermöglichen; sie dient „nicht allein als Betriebs-, sondern von vornherein auch als Haftungsfonds“ (Jaeger 207/208 Anm. 18). Darum braucht der Aktionär aber auch nicht mehr einzuzahlen, als zur Befriedigung der Gläubiger und zur Rückzahlung der gezahlten Einlagen (§ 300 a. E. HGB.) nötig ist. Die nur für den Fall der ursprünglichen Nichtigkeit der AG. gedachte Vorschrift § 311 Abs. 3 HGB. ist hier entsprechend anwendbar (Staub § 292 Anm. 10). Die Zuvielforderung hat der aus § 211 Belangte zu beweisen. Wegen des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Aktionäre darf die AG. nur von jedem gleiche Leistungen fordern.[2])

Wie oben (vgl. § 2, c) bereits festgestellt, kann der Aktionär ausserhalb des Konkurses die Zahlung bis zur Aushändigung der Aktienurkunde auf Grund des § 273 BGB. verweigern. Im Konkurse der AG. ist aber nur ein Zurückbehaltungsrecht gemäss § 49 Nr. 3 u. 4 KO. wirksam, nicht das hier in Frage kommende (vgl. Jaeger § 49 Anm. 42). Auch auf Grund von § 17 KO. kann der Aktionär nicht Leistung Zug

---

[1]) Ebenso RG. 14, 418; 16, 338.

[2]) Vgl. ROHG. 20, 275 (betr. die Einzahlungspflicht überhaupt); RG. 45, 155; 51, 38; RG. in JW. 99, 305/306 (betr. die Beschränkung in der Einzahlungspflicht); Staub a. a. O.; Goldmann § 292 Anm. 10; Ring § 292 Anm. 10; Ritter § 292 Anm. 4; Behrend § 142 Anm. 15.

um Zug verlangen, da die Verpflichtung zur Einzahlung und die zur Gewährung der Aktienurkunde keine korrespondierenden Vertragsverpflichtungen sind (vgl. oben § 3).

Wie der Anspruch aus § 211 HGB., verbleiben der aufgelösten AG. die Ansprüche aus §§ 219, 220. Im Konkurse wegen Ueberschuldung (§ 207 KO.) wird das Kaduzierungsverfahren nur dann zweckmässig sein, wenn zahlungsfähige Rechtsvorgänger vorhanden sind. Sonst bleibt die AG. bei der Aussichtslosigkeit eines Verkaufs nach § 220 Abs. 3 HGB. doch auf die Haftung des Aktionärs (§ 219 Abs. 4 HGB.) angewiesen.

Zwecks Vergrösserung des Haftungsfonds kann die aufgelöste AG. auch alle anderen Ansprüche zur Erlangung nicht eingezahlter Aktienbeträge geltend machen, gleichgültig, ob sie vor oder nach Auflösung — wie etwa ein Anspruch aus ordnungswidriger Geschäftsführung gegen einen Konkursverwalter — entstanden sind. —

Da die für nichtig erklärte AG. zur Liquidationsgesellschaft wird (§ 311 Abs. 1 HGB.), gelten für sie die vorstehenden Ausführungen. Die Fortdauer der Einzahlungspflicht aus § 211 hebt § 311 Abs. 3 HGB. noch besonders hervor. —

Die Möglichkeit der Erhebung der Ansprüche durch den Uebernehmer des Gesellschaftsvermögens (§§ 303, 304, 306 HGB.) ist an dieser Stelle nicht zu behandeln.

§ 26.

C. Erlangung der Aktienbeträge im internationalen Privatrecht.

Die Erörterung der Ansprüche einer ausländischen AG. geht über den Rahmen dieser Ausführungen hinaus; nur das deutsche materielle Recht, also nur die deutsche AG., kommt hier in Betracht.

Im folgenden sind die besonderen rechtlichen Verhältnisse zu erörtern, die sich ergeben, wenn die AG. gegen Ausländer die oben dargelegten Ansprüche auf nicht gezahlte Aktienbeträge hat oder wenn in sonstiger Weise die Anwendbarkeit der Rechte verschiedener Staaten in Frage kommt.

1. Nach deutschem internationalen Privatrecht ist für die personenrechtlichen Verhältnisse der lebenden Person grundsätzlich ihr Personalstatut, d. h. das Recht ihrer Staatsangehörigkeit, massgebend (vgl. Art. 7 EG.BGB.). Den personenrechtlichen Verhältnissen entsprechen bei der AG. als einer juristischen Person die „Gesamtheit der aus ihrer Verbandsnatur entspringenden Rechtsverhältnisse“ (Lehmann I S. 125). Das für sie geltende Personalstatut ist die lex patriae der AG., die zugleich ihre lex domicilii ist, da der Sitz der AG. ihre Staatsangehörigkeit bestimmt.[1])

a) Der Verbandsnatur der AG. entspringen die Mitgliedschaftsverhältnisse zwischen AG. und Aktionären. Daher richten sich die Ansprüche aus §§ 211, 219, 220 nach deutschem Recht als dem Personalstatut, nicht etwa nach dem Rechte des Aktionärs oder nach dem Rechte des Ortes der Begründung des Aktionärverhältnisses (der allerdings bei Namensaktien mit dem Sitze der AG. als dem Orte, an dem das

[1]) Vgl. Mamelok S. 25 ff.

Aktienbuch geführt wird und somit die das Aktionärsverhältnis begründende Eintragung geschieht, zusammenfällt). Ebenso richtet sich die Form der Aufforderung zur Zahlung und der Kaduzierung, wie auch die Unzulässigkeit der Befreiung von der Aktionärsverpflichtung nach deutschem Recht. [1])

b) Der Verbandsnatur entspringen ferner die Beziehungen zwischen AG. und ihren Organen. Daher unterliegen auch die gegen diese gerichteten Ansprüche aus ordnungswidriger Geschäftsführung ohne Rücksicht auf die Staatszugehörigkeit oder den Wohnsitz des Organs deutschem Recht. [2])

2. Der Verbandsnatur entspringen nicht die Ansprüche der AG. gegen Dritte wegen Handlungen, die vor Entstehung der Verbandspersönlichkeit, wenn auch behufs ihrer Entstehung vorgenommen worden sind, die also „an und für sich in den sozialrechtlichen Bereich der AG. nicht hineingehören“ (Lehmann I S. 128). Hier ist demnach das Personalstatut nicht massgebend.

a) Nimmt ein Gründer einen zahlungsunfähigen Aktionär in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit an, so erzeugt dies nach deutschem Recht (§ 202 Abs. 3 HGB.) einen deliktischen Anspruch. Wird das Delikt im Inlande begangen, so ist nach dem hierfür geltenden Territorialitätsprinzip inländisches Recht anzuwenden ohne Rücksicht auf die Nationalität von Gründer wie Aktionär.

Wird nun aber der Aktionär im Auslande angenommen, so fragt es sich, ob der deutsche Richter

---

[1]) Vgl. Lehmann I S. 125; Mamelok S. 276; von Bar II S. 134.

[2]) Vgl. Lehmann I S. 126; Mamelok S. 276.

deutsches Recht, d. h. die lex fori oder die lex loci actus anzuwenden hat.

Würde die lex fori angewendet, so wäre der Gründer schadensersatzpflichtig auch dann, wenn seine Handlung am Begehungsorte — also im Auslande — nicht oder nur im geringeren Masse schadensersatzpflichtig machte. Dieses Ergebnis ist unhaltbar; denn das deutsche Recht kann nicht verlangen, dass der Ausländer den Deutschen bei sich, d. h. im Auslande, besser behandele als seinen Landsmann. Eine derartige Bevorzugung des Deutschen vor dem Ausländer enthielte die unbillige Zumutung an den Ausländer, sich beim Rechtsverkehr im eigenen Lande zur Vermeidung schädlicher Folgen deutschen Rechtes zu bedienen.

Die Anwendung der lex fori würde den Erfolg haben, dass der Gründer, der den Aktionär in einem Lande milderen Rechts angenommen hat, sich der Auseinandersetzung mit der AG. vor einem deutschen Gericht auf jede Weise zu entziehen suchen würde.

Die Beachtung der völkerrechtlichen Souveränität des fremden Staates verlangt, dass die Frage, ob ein Delikt vorliegt, und die weitere, welche Folgen es hat, nach der lex loci actus beantwortet wird.[1])

Auch der Wortlaut von Art. 12 EG.BGB. ergibt die grundsätzliche Unanwendbarkeit der lex fori; denn Art. 12 setzt ein aushilfsweises Eintreten des deutschen Rechts bei grösserer Härte des ausländischen fest, erkennt also an, dass in erster Linie das ausländische Recht anzuwenden ist.

Die Haftpflicht des Gründers bestimmt sich also nach dem Recht des Ortes der Annahme der Beteili-

---

[1]) Ebenso von Bar S. 114ff. und die dort angeführte Literatur.

gung. Ist dieses Recht milder, so bedeutet dies einen Nachteil für die AG.; umgekehrt steht sie sich besser, wenn ein härteres fremdes Recht zur Anwendung kommt. Doch kann die AG. gegen einen deutschen Gründer auch dann keine weitergehenden Ansprüche geltend machen, als nach § 202 Abs. 3 HGB. begründet sind (Art. 12 EG.BGB.).

b) Deliktischer Natur sind auch die besonderen Ansprüche gegen Gründungsbeteiligte bei gesetzwidrigem Fehlen — einer nach Personalstatut zu beantwortenden Frage — von Aktienbeträgen. Wie oben ist bei Statutenkollision die lex loci actus anzuwenden.

aa) Bei Ansprüchen gegen die Gründer wegen falscher Angaben in der Anmeldungserklärung (§ 202 Abs. 1 HGB.) kann eine Statutenkollision nicht in Frage kommen, da das Delikt im Inlande begangen wird.

bb) Bei Ansprüchen gegen Emittenten entscheidet das Recht des Ortes, wo die öffentliche Ankündigung erlassen wurde (Lehmann I S. 129).

Die Ankündigung wird dort erlassen, wo die Ausführungshandlung geschieht, nicht dort wo der Erfolg eintritt. Der Emittent, der aus dem Auslande Zirkulare nach Deutschland versendet oder in ausländischen Zeitungen, die ins Inland gelangen, inseriert, unterliegt ausländischem Recht. Dagegen ist der Emittent, der aus dem Ausland ein Inserat an ein inländisches Blatt zwecks Veröffentlichung einsendet, nach deutschem Recht zu beurteilen. Denn die Ausführungshandlung besteht noch nicht im Einsenden, sondern erst im Veröffentlichen. [1])

---

[1]) Vgl. über diese im Zivil- wie im Strafrecht bestrittene Frage des „Distanzdelikts“ von Bar II S. 120ff.; von Liszt, Lehrb.

cc) Bei Ansprüchen gegen Vorstand und Aufsichtsrat wegen unsorgfältiger Prüfung des Gründungshergangs (§§ 192, 193 HGB.) entscheidet der Ort, an dem die Prüfung vorgenommen wurde.

Danach sind Emittenten sowie Vorstand und Aufsichtsrat im Stande, ihre Nichthaftung herbeizuführen, indem sie sich zur Vornahme der nach §§ 203, 204 HGB. ersatzpflichtig machenden Handlungen an einen Ort milderen Rechts begeben.

Ist die lex loci actus strenger als das deutsche Recht, so ist bei Deutschen Artikel 12 EG.BGB. anzuwenden.

§ 27.

D. Vertretung der AG. bei Geltendmachung der Deckungsmittel.

Die Darstellung gab bisher nur Antwort auf die Frage: Gegen wen kann die AG. Ansprüche zur Erlangung nicht gezahlter Aktienbeträge geltend machen? Die vollständige Erörterung der Mittel, die der AG. in dieser Hinsicht gewährt sind, verlangt daneben noch die Beantwortung der Frage: Durch wen kann die AG. ihre Ansprüche geltend machen, d. h. wer vertritt die AG. bei Geltendmachung ihrer Ansprüche?

Die Antwort ist zunächst einmal einfach die, dass hinsichtlich der hier behandelten Ansprüche diejenigen Personen als Vertreter auftreten, die überhaupt die AG. nach aussen vertreten. Im folgenden ist daher auf die Regeln von der Vertretung der AG. allgemein Bezug zu nehmen.

---

d. deutsch. Strafr. 1908 S. 137; Rosenfeld, Reichsstrafprozess 1905 S. 106 ff.

Wenn die Frage nach der Vertretung der AG. sich auch vor allem im Prozess erheben wird, so gehört sie doch, wie die Lehre von der Vertretung überhaupt, dem materiellen Recht an.

1. Grundsätzlich steht die Vertretungsbefugnis, mithin auch die Befugnis zur Geltendmachung der Deckungsmittel, dem Vorstand zu. Sie kann — im Gegensatz zu seiner Vertretungsmacht (§ 235 Abs. 2 HGB.)[1]) — durch Statut oder Beschlüsse der Generalversammlung beliebig eingeschränkt, auch ganz ausgeschlossen werden (§ 235 Abs. 1). Die Vorschrift der Gesamtvertretung (§ 232 HGB.) ist dispositiver Natur.

Dem Vorstand stehen die Liquidatoren (§ 298 HGB.) gleich.

2. Der Aufsichtsrat vertritt die AG. zwecks Erlangung von Aktienbeträgen in folgenden Fällen:

a) Bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit den Vorstandsmitgliedern, welche auf die Erlangung von Aktienbeträgen hinzielen. Solche Rechtsgeschäfte, d. h. solche „Handlungen, die auf eine rechtliche Wirkung gerichtet sind, und deren Rechtswirkung eintritt, weil sie gewollt ist“ (Engelmann S. 89), sind z. B. die Aufforderung zur Einzahlung gemäss § 218 Abs. 3 HGB., sowie die im Kaduzierungsverfahren erforderlichen Aufforderungen (§ 219 Abs. 2 HGB.). Ist ein Vorstandsmitglied säumiger Aktionär, so bedeutet die Aufforderung, auch wenn sie durch öffentliche Bekanntmachung und ohne Namensnennung geschieht, ein jenem gegenüber vorgenommenes Rechtsgeschäft. Daher ist der Aufsichtsrat zur Aufforderung befugt.

---

[1]) Das Gesetz trennt die Begriffe nicht sorgfältig.

b) Bei den von der Generalversammlung beschlossenen Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder, von denen die Leistung von Aktienbeträgen verlangt wird (§ 247 Abs. 1 HGB.), sofern keine besonderen Vertreter gewählt sind (§ 268 Abs. 2 HGB.).

c) Bei den von $^1/_{10}$ der Aktionäre verlangten Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder, sofern keine besonderen Vertreter bestellt sind (§§ 268 Abs. 2, 247 Abs. 1).

d) Bei Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder auch ohne und selbst gegen den Beschluss der Generalversammlung, wenn es sich um die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder handelt (§ 247 Abs. 2 HGB.). Auch hier klagt also der Aufsichtsrat nicht etwa in eigenem Namen auf Leistung der Aktienbeträge an die AG. als an einen Dritten, sondern als Vertreter der AG.; § 247 Abs. 2 enthält nur eine Befreiung des Aufsichtsrats von der sonst notwendigen Zustimmung der Generalversammlung.[1])

Es macht, wie schon zu a) angedeutet, keinen Unterschied, ob die Zahlung der Aktienbeträge von den Vorstandsmitgliedern in ihrer Eigenschaft als solchen verlangt wird, z. B. bei Ersatzansprüchen aus §§ 204, 241 HGB. oder von anderen Personen — z. B. Gründern aus § 202 HGB. — Aktionären aus § 211 HGB. —, die zugleich Vorstandsmitglieder sind. Dagegen fallen Rechtsstreitigkeiten gegen ehemalige Vorstandsmitglieder in ihrer Eigenschaft als solche nicht unter § 247 HGB.; sie sind vom Vorstand zu führen.

---

[1]) Ebenso die gemeine Meinung (Staub § 247 Anm. 7; Goldmann § 247 Anm. 10; Makower § 247, III c; Pinner § 247, II; Behrend § 127 Anm. 12; Petersen-Pechmann Art. 194 Anm. 3; Küntzel S. 48). A. M. Ring § 247 Anm. 2.

Da in den Fällen, in denen dem Aufsichtsrat die Vertretungsbefugnis zusteht, diese eine ausschliessliche ist,[1]) ist der Aufsichtsrat auch ausschliesslich zur Geltendmachung der Ansprüche auf Aktienbeträge befugt.

Von der Generalversammlung nicht beschlossene Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder, bei denen es sich nicht um die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats handelt, können von den übrigen Vorstandsmitgliedern geführt werden, sofern die Vertretung durch einzelne Vorstandsmitglieder nach § 232 HGB. statthaft ist. Die Vorstandsmitglieder A und B können z. B. gegen das Vorstandsmitglied C den Anspruch aus § 211 verfolgen, solange die Generalversammlung nicht die Führung der Rechtsstreitigkeit beschlossen hat.

Der Aufsichtsrat ist stets in der Lage, gegen den Vorstand allein vorzugehen, da Unvereinbarkeit der beiderseitigen Stellungen besteht (§ 248 HGB.).

Ebenso wie der Vorstand (§ 233 HGB.) hat auch der Aufsichtsrat mangels abweichender statutarischer Regelung gemeinsam zu handeln. Nicht die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder sind Einzelvertreter der AG., sondern der Aufsichtsrat als solcher ist ein Vertreter.[1])

Der Aufsichtsrat ist befugt zur Vornahme von Rechtsgeschäften und zur Führung von Rechtsstreitigkeiten gegen Vorstandsmitglieder, folglich nicht von solchen gegen Aufsichtsratsmitglieder. Wer vertritt nun die AG. bei einem Rechtsgeschäft oder Rechtsstreitigkeit, die die Erlangung von Aktienbeträgen sowohl vom Vorstand als auch vom Aufsichtsrat

---

[1]) Vgl. Goldmann § 247 Anm. 1; Ring § 247 Anm. 1; Denkschrift S. 143.

[1]) So auch RG. in JW. 04, 100; Staub § 247 Anm. 5; Makower § 247, 1b; Küntzel S. 47. A. M. Pinner § 247, I; bezügl. § 247 Abs. 2 Hagen bei Gruchot 42, 344.

bezwecken, z. B. wenn beide Organe nach § 218 Abs. 3 HGB. zur Einzahlung aufgefordert oder etwa nach § 204 HGB. belangt werden sollen? — Da der Vorstand Rechtsgeschäfte mit sich selbst gemäss § 181 HGB. regelmässig nicht vornehmen und überhaupt nicht gegen sich selbst klagen kann, bedarf die AG. für diesen Fall besonderer Vertreter. Wenn § 247 HGB. fehlen würde, wäre mangels anderweitiger Regelung der Vorstand als geschäftsführendes Organ befugt, für den Fall seiner Verhinderung der AG. besondere Vertreter zu bestellen. Dies wäre kein Kontrahieren mit sich selbst; denn die Vertreter wären nicht Vertreter des Vorstands, sondern solche der AG. unmittelbar. § 181 BGB. verbietet nicht das Kontrahieren eines vom Vertreter kraft seiner Substitutionsgewalt ernannten anderen Vertreters des Vertretenen mit dem Substituierenden, sofern dieser garnicht als Vertreter tätig wird.[1])

Jene Sachlage, die vom Vorstand leicht zu seinen Gunsten ausgenutzt werden könnte, wird indes durch § 247 HGB. vermieden. Eine entsprechende Vorschrift fehlt nun aber, wenn auch der aushilfsweise eintretende Vertreter, d. h. der Aufsichtsrat, verhindert ist. Hier muss daher angenommen werden, dass der Vorstand dass Recht hat, besondere Vertreter der AG. für das Rechtsgeschäft bezw. den Rechtsstreit gegen sich und den Aufsichtsrat zu bestellen.

Die Bestellung besonderer Vertreter erübrigt sich, wenn gemäss § 232 HGB. einzelne Vorstandsmitglieder gegen die übrigen und den Aufsichtsrat auftreten

---

[1]) Ebenso gegen Staub, Exkurs zu § 58 Anm. 12; Endemann I § 80 Anm. 31; OLG. Kolmar in DJZ. 03, 204 mit Recht ROLG. 7, 6; 12, 25; Planck § 181 Anm. 1.

können. Darüber hinaus ist dem Vorstand das Recht zuzugestehen, Aufforderungen gemäss §§ 218 Abs. 3, 219 Abs. 2 gegen den gesamten Vorstand und Aufsichtsrat zu erlassen. Denn Kontrahieren mit sich selbst ist zulässig, soweit es dem Vertreter gestattet ist (§ 181 BGB.). Die Gestattung braucht nicht ausdrücklich, also von der Generalversammlung erteilt zu werden; stillschweigende Gestattung genügt; diese ist dann anzunehmen, wenn das Selbstkontrahieren nicht gegen Treu und Glauben verstösst.[1]) Da nun die blosse Aufforderung zur Einzahlung nicht geeignet ist, einen Konflikt der Interessen herbeizuführen, ist der Vorstand hier zum Kontrahieren mit sich selbst befugt.

Das Gleiche konnte im Falle, dass der Vorstand nur sich selbst, nicht auch den Aufsichtsrat, aufzufordern hätte, trotz der gleichen Ungefährlichkeit des Selbstkontrahierens nicht angenommen werden. Dies würde dem Satz von der ausschliesslichen Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats dem Vorstand gegenüber widersprechen.

Die Generalversammlung k a n n die Bestellung von Vertretern durch den Vorstand verhindern, indem sie selbst Vertreter wählt (§ 268 Abs. 2 HGB.). Aber eine ausschliessliche Befugnis der Generalversammlung hierzu ist nicht festgesetzt. Die AG. ist daher im Prozess gegen Vorstand und Aufsichtsrat durch die vom Vorstand bestellten Vertreter gehörig vertreten. Missbraucht der Vorstand seine Befugnis, indem er z. B. ungeeignete Vertreter bestellt und so bewirkt, dass die AG. mit ihren begründeten Ansprüchen gegen ihn und den Aufsichtsrat durch rechtskräftiges Urteil

---

[1]) Dernburg I § 170 Anm. 8; ebenso Planck § 181 Anm. 2; Staub, Exkurs zu § 58 Anm. 11.

abgewiesen wird, so ist die AG. auf einen Schadensersatzanspruch aus § 241 HGB. angewiesen.

3. Besondere Vertreter der AG. treten zwecks Geltendmachung der Deckungsmittel ein

a) laut Statut;
b) durch Bestellung seitens des regelmässig hierzu befugten Vorstands. Beschränkungen dieser Befugnis enthalten §§ 238, 247, 268 Abs. 2 HGB.;
c) bei Wahl von Prozessvertretern durch die Generalversammlung gemäss § 268 Abs. 2 HGB.;
d) bei Bestellung durch das Gericht; hierher gehören Konkursverwalter und Prozessvertreter gemäss § 268 Abs. 2 HGB.

Sind besondere Vertreter an der Geltendmachung der Ansprüche gehindert, ist z. B. der Prokurist zugleich Gründer, so steht die Bestellung anderer Vertreter den geschäftsführenden Organen, im Zweifef also dem Vorstande, zu. Bei Bestellung eines Vertreters durch das Gericht hat dieses einen Vertreter für den Einzelfall zu bestellen (Willenbücher § 78 Anm. 2).